الفقه المقارن

- المدخل إلى الفقه المقارن
- بحوث فقهية للدراسة المقارنة

تأليف:

حسن أحمد الخطيب



الهيئة المصرية العامة للكتاب

١٩٩١

الاخراج الفنى : عزيزة أبو العلا

تصميم الغلاف : درية محمد على

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة

في بيان كمال الشريعة ووفائها بحاجات الأمم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الله محمد خير الخلق أجمعين ، ونصلي ونسلم على سائر الأنبياء والمرسلين .

أما بعد فان من أجل نعم الله عـلى عباده أنه لم يتركهم سدى ولم يكلهم الى أنفســهم في تعـرف الحق من الباطل وتبين الهـدى من الضـلال ، فبعث اليهـم رسـله مبشرين ومنـــذرين ، ومعلمين وهادين ، وأوحي اليهـم أحـــكامه وشرائعه . وختم رسالاته وشرائعه برسالة الاسلام وشريعته التي بعث بها محمدا خاتم الأنبياء والمرسلين ـ حينما نضج العقل الانساني واكتمل تطـوره ، واسـتعد لبلـوغ أقصى كمالاته ، فكانت لذلك أمثل الشرائع وأكملهـا . وأوفاها بحاجات الأمم في كل زمان ومكان . وقد وردت أحـكامها وما فيها من مبادىء ومقاصـد وقواعد كلية بحيث تصـلح لكل أمة ولكل عصر من العصور .

ولكن كيف يتسنى قبول هذا بالنسبة للشريعة الاسلامية ، والمشاهد الذى لا ينكر ، ولا يجحد أقوى دليل على أن كل أمة من الأمم تحتاج بين الحين والحين الى تعديل قوانينها وتغيير شرائعها ـ تبعا لتغير أحوالها واختلاف عصورها وما تقتضيه حالاتها الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية وما يستلزمه العرف والعادات من التبديل والتغيير والتعديل، ومن اقامة قانون ونسخ آخر ·

واذا كان هذا مشاهدا في الأمة الواحدة فكيف يعقل سن قانون واحد لجميع الأمم · وهى أشد اختلافا وأكثر اقتضاء لاختلاف قوانينها وأحكامها ـ تبعا لتغير واختلاف البيئات والعرف والعادات والأحوال والحاجات في كل منها ؟

وجوابنا عن ذلك أن الشريعة الاسلامية بكتابها الخالد : القرآن الكريم ، وبما صح من سنة رسولها الكريم ـ كفل لها العموم والشمول ، والبقاء والخلود ـ وذلك لأنها قامت على أمرين هامين ، وركنين عظيمين ·

الأول : أن ما عرضت له من أحكام تفصيلية أو جزئية فى كتاب الله وسنة رسوله ـ ليس من شأنه أن يتبدل أو يتغير ، وذلك لصلاحيته لكل زمن وأمة ـ فأحكامها القطعية فى العبادات والزواج والطلاق والعدة والمواريث واحلال البيع وتحريم الربا ، والحدود ، وكتابة الدين المؤجل ، والرهن ، ومشروعية المضاربة ، وثبوت حق الشفعة وأمثالها ـ كل ذلك ليس يحسن أو يصلح فى حال دون أخرى ، بل هو صالح فى جميع الأحوال ، ولكل الجماعات ·

الثانى : أن ما لم يعرض له كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم من أحكام تفصيلية جزئية ـ قد عرضا له بمبادىء وقواعد كلية لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وقد ترك استنباط تشريعه التفصيلى ، ووضع أحكامه

الجزئية الفرعية لمجتهدى هـذه الأمة الذين توافرت فيهم شروط الاجتهاد ، والذين لا يجوز شرعا خلـو أي عصر من العصور منهم على ما عليه كثير من العلماء والمحققين • ومثل هذا ما ورد من النصوص الشرعية المحتملة للاجتهاد لأنهـا غير قطعية الدلالة ، فان هذه تعتبر أيضا مجالا فسيحا لاجتهاد الائمة والعلماء ••

وهذا النوع من الأحكام لا يضير فيه الاختلاف ولا التبديل والتغيير ولا التعديل ـ كلما اقتضت الأحوال ذلك ما دامت هذه الأحكام لا تعارض نصا قطعيا ، ولا تخالف ما هو معلوم من الدين بالضرورة ، ولا تخالف اجماعا شرعيا معلوما • ومن المقرر ان هؤلاء المجتهدين فى استنباطهم للأحكام يراعون القواعد الشرعية ، ومبادىء العدالة والمساواة واليسر ورفع الحرج ، وتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم ، ويضعون نصب أعينهم العلل والحكم والأسرار التى اعتبرها الشارع فى تشريعه التفصيلى ، كما يراعون فى اجتهادهم الأصـول والأدلة التى اعتبرها الشرع منابع لاستقاء الأحكام منها •

وقد دل على مشروعية الاجتهاد وكونه دعامة من دعائم التشريع الاسلامى حديث معاذ بن جبل ـ قال له الرسول ـ صلوات الله وسلامه عليه : « كيف تصنع اذا عـرض لك قضاء ؟ » قال « أقضى بما فى كتاب الله » قال : فان لم يكن فى كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فان لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : إجتهـد رأيى لا آلو • قال معاذ : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسـلم صدرى ، ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسـول الله لما يرضاه رسول الله » •

فهذا الاجتهـاد بالرأى ـ وهـو يشـمل القيـــاس ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وسـد الذرائع والعرف المعتبر شرعا ، ومراعاة قواعـد الشرع الكلية الـخ ـ لاثبات الأحـكام فيما لم ينص عليه ، أو فى

النصوص المحتملة للاجتهاد ، وذلك بالاعتماد على ما عرف من أصول الشريعة وقواعدها العامة ، وبالاستناد الى علل أحكامها وأسرارها التشريعية — هذا الاجتهـاد المشروع يكفل وفاء هذه الشريعة بحاجات الأمم ، وصلاحيتها لكل أمه وزمان •

ولسماحة هذه الشريعة ومرونتها وتقبلها لكل ما يحقق مصالح الناس ، ويدفع الضرر عنهم ،، ولقيامها على أسـاس من اجتهاد الأئمـة والعلمـاء الذين تتـوافر فيهم شروط الاجتهاد — فيما يسوغ فيه الاجتهـاد شرعا — وجد فى تلك الشريعة اختلاف بين الأئمة والعلمـاء فيما اسـتنبطوه من أحكام ، وذلك منذ عصر الصحابة الى عصر الأئمة الأربعـة المجتهدين : أبى حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل ، ومن بعدهم من كل من رأى نفسه أهلا للاجتهاد من الفقهاء والعلماء فكان حقا علينـا — بازاء ذلك الخـلاف أن ندرس آراءهـم ونبحث عن أدلتهم ، ونوازن بينها ، ونعرف المسـالك التى أدت اليها ، وننهض بعبء الاختيار والترجيح بينها ، وهذا ما يسمى : الفقه المقارن ، أو المقارنة بين المذاهب •

ومن تمام هذا العلم واستيفاء مباحثه الموازنة بين أحكام الفقه الاسلامى ومذاهبه ، وما ورد فيه من أدلة وقواعد ، وأصول ومبادىء ، وبين ما ورد من نظائـرها فى الشرائـع الوضعية والقوانين التى شرعها الانسان فى مختلف الأمم — غير أن العوائق فى سبيل النهوض بذلك جمة ، وفى صدرها أنه لم تؤخذ العدة من قبـل لتخريج أسـاطين من أهل العلم والقانون قد اسـتمكنوا من ناصـيتى القـوانين الوضـعية والشريعة الاسلامية ، ومنها أن الزمن المحدود لهذه المـادة والمنهاج المقسوم لها لا يهيئان السبيل الى الاضطلاع بهـذه المقارنة •

المدخل الى الفقه المقارن

لما كانت دراسة الفقه المقارن لا تخرج ــ فى جملتها وتفصيلها ــ عن دراسة خاصة لأحكام الفقه الاسلامى كلها أو بعضها على حسب الآراء والمذاهب المختلفة ، ومع دراسة منشأ الاختلاف ، ومناقشة الأدلة والموازنة بينها للاختيار والترجيح ــ لما كانت دراسة الفقه المقارن لا تخرج عن ذلك اقتضى الأمر ــ قبل أن ندخل فى موضوعاته وبحوثه ــ ، وبعد أن بحثنا ــ فى المقدمة ــ كمال الشريعة ، ووفاءها بحاجات الأمم ــ أن نبحث الأمور الآتية وهى :

١ ــ تقسيم القوانين والشرائع بصفة عامة .

٢ ــ بيان اجمالى عن أصول الشريعة وفروعها .

٣ ــ أسباب اختلاف العلماء فى الأحكام الشرعية .

٤ ــ الفقه الاسلامى : كتبه ومؤلفاته ــ واجبنا نحوه .

٥ ــ حكم الاجتهاد والتقليد ــ ذم العلماء التقليد .

٦ ــ أصول القوانين ، ومصادرها فى العصر الحديث .

٧ ــ التشريع الاسلامى والقانون المقارن .

٨ ــ تعريف الفقه المقارن ، وبيان موضوعه ومباحثه واستمداده ، وفائدته وثمرته ، ثم بيان المراجع العلمية التى تعين على دراسته .

١ ــ تقسيم القوانين والشرائع

يراد بالشرائع والقوانين : ما يسن ويوضع لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض ، وذلك بوضع أحكام وحدود يقفون عندها . ولا يتجاوزونها . والغرض من ذلك المحافظة

على الحقوق ، وكفالة الأمن والطمأنينة ، ودفع الأذى والظلم والاعتداء ٠

تلك الشرائع والقوانين تنقسم ـ بصفة عامة ـ قسمين :

شرائع وضعية ـ قام بسنها وتشريعها الانسان ٠
وشرائع الهية ، أوحاها الله ـ سبحانه ـ الى أنبيائه ، لتحقيق مصالح العباد فى معاشهم ومعادهم ٠

وهذه الشرائع الالهية هى التى نزلت بها الكتب السماوية : كالتى وردت فى شريعة نوح ، وفى صحف ابراهيم ، وفى التوراة وفى الانجيل ـ غير أن هذه الشرائع السماوية لم تكن عامة ، بل كانت مقصورة على الأمة التى بعث فيها النبى ، كما كانت موقوتة بنزول شريعة سماوية أخرى تنسخها كلها أو بعضها ، وكذلك الشأن فى القوانين والشرائع الوضعية ٠

كان الأمر كذلك حتى جاء الاسلام وقد نضج العقل الانساني ، وجرى على الأمم ما قدر لها من التطور البشرى ، واستعدت النفس الانسانية لبلوغ رشدها وكمالها ـ فجاءت شريعته خاتمة الشرائع الالهية ، كما خوطب بها الأمم والبشر كافة ، ومصداق هذا قول الله ـ جل شأنه : « قل يأيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا » ، وقوله : « يأيها الناس قد جاءكم برهان من ربكم ، وأنزلنا اليكم نورا مبينا » ٠

ومن ثم جاءت هذه الشريعة ، وفيها كل عناصر الكمال والبقاء ، والعموم والشمول ، وردت أحكامها ، وما فيها من مبادىء ومقاصد ، وقواعد كلية بحيث تصلح لكل أمة ، ولكل عصر من العصور ـ وكان من محاسنها ومنن الله علينا بها أنها شريعة العقل ودين الفطرة التى فطر الله الناس عليها ، وقد بينا ذلك فى مقدمة الكتاب ـ من قبل ـ وامتازت هذه الشريعة عن الشرائع الوضعية بميزات كثيرة : أهمها اجمالا : أن مشرعها هو الله ـ سبحانه ـ الحكيم العليم بمصالح

عباده ، وأن أحكامها القطعية ، ومبادئها ومثلها العليا ، وقضاياها الكلية غير قابلة للنسخ أو التغيير بحال ، وأنها موسسة على الاخلاق والفضائل ، وانها تعتمد على المقاصد والنيات ، وأنها لم تقتصر على صلاح الدين أو الدنيا ، بل جاءت لتحقيق صلاح الدين والدنيا معا ، ولتحقيق الفوز والسعادة فى الدنيا والآخرة ، وأن الاجتهاد ـ فيما يسوغ فيه الاجتهاد شرعا ـ من دعائمها ، وهو كفيل بمسايرتها لكل تطور ، ووفائها بحاجات الأمم فى كل عصر ٠

٢ ـ تعريف بأصول الشريعة وفروعها

الفقه الاسلامي ـ أو الشريعة الاسلامية (١) ـ لها أصول وفروع ، ينبغي أن نلم بها الماما يسيرا ، ونذكرها ذكرا موجزا ـ تمهيدا وتوطئة لدراسة الفقه المقارن :

أصول الشريعة :

للفقه الاسلامي أو للشريعة الاسلامية أصول انبثقت منها ، وأعانت المجتهدين على استنباط فروعها وأحكامها الجزئية ، وقواعد ضبطت كثيرا من فروعها ، وأشارت الى حكمة تشريعها ، والى المقاصد من وضعها ٠

وهى كما قال الامام القرافي فى كتابه القيم المشهور بالفروق ـ قسمان : أحدهما قواعد كلية فقهية جليلة مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، بها تضبط الفروع ، وتعرف أحكامها ، وتدرك مقاصد الشرع ـ ومن أمثلتها هذه القواعد :

---

(١) نريد بالشريعة هنا معنى اصطلاحيا خاصا ـ هو الذي يعبر عنه بالفقه الاسلامي والا فالشريعة ذكرت فى غير موضع مقصودا بها : ما شرع الله لعباده من الدين أى سنه لهم ـ فتشمل الأحكام الاعتقادية والخلقية والأحكام العملية التى تتعلق بما يصدر عن المكلفين أو العباد من أقوال وأفعال وعقود ـ وتصرفات ٠

١ ـ الضرورات تبيح المحظورات ٠

٢ ـ ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ٠

٣ ـ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ٠

٤ ـ المشقة تجلب التيسير ٠

٥ ـ العادة محكمة ٠

٦ ـ الحكم يتبع المصلحة الراجحة ٠

ولأهميتها ـ أفردها بعض الفقهاء بالتاليف ، ومن اشهر وأنفع ما ألف فيها كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، وكتاب الفروق للقرافي المالكي ٠ وبهذه القواعد يعرف كمال هذه الشريعة ، ويدرك كثير من مقاصدها ٠

والقسم الثاني من الأصول هو المسمى : أصول الفقه ، ولها علم خاص بها عرف « بعلم أصول الفقه » وقد ألفت فيه الكتب الجمة الكثيرة قديما وحديثا ، ومن أشهرها : أصول الأحكام للآمدى ، والمستصفى للغزالى ، والتوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، وكتاب الموافقات للشاطبى ، وارشاد الفحول للشوكانى ، ومن أحدث ما ألف فيه : كتاب تسهيل الوصول الى علم الأصول للشيخ المحلاوى ، وأصول الفقه للشيخ الخضرى وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ٠

ويراد ـ بعلم أصول الفقه ـ القواعد والبحوث التى يتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية ، وهى قواعد كثيرة : بعضها يرجع الى المباحث اللغوية ، وبعضها يرجع الى أنواع الأدلة الشرعية التى تستقى منها الأحكام ، وما يعرض لها وشروط اعتبارها حجة ، وطرق الاستدلال بها ، وطريقة استثمار الأحكام منها ـ مثل القواعد والبحوث الآتية :

١ ـ القياس حجة من الحجج الشرعية التى تستنبط بها

الأحكام العملية متى استوفى شروط اعتبـاره ، وهـو فى المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع •

٢ ــ الاجماع اذا تحقق وعلم واستوفى أركانه ــ حجـة قطعية عند جمهور العلماء ، ومعنى كونه حجة قطعيـة أنه يصير المسألة المجتهد فيها قطعية الحكم ، فلا تصلح بعـد ذلك أن تكون محلا للنزاع •

٣ ــ السنة المتواترة تفيد العلم ، وتوجب العمل بهـا ، وخبر الواحد ظني الورود ولكنه مع ذلك يجب اتباعه والعمل به اذا استوفى شروط قبوله •

٤ ــ العام حجة قطعية عند كثير من علمـاء الأصـول ، فيفيد شمول الحكم لجميع أفراده قطعا الا اذا قام دليل على التخصيص •

٥ ــ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب •

٦ ــ دلالة النص أو الفحوى معتبرة فى فهم الأحكام من النصوص •

٧ ــ صيغة الأمر تقتضى الايجاب على الراجح من آراء العلماء ــ ما لم توجد قرينة تصرفها عن الوجوب •

فهذه القواعد وأمثالها يتوصل بها الى استفادة الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية •

ولهذا العلم ثمرته وفائدته بالنسبة للمجتهدين وهـو التمكن من استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية ، ويتبع ذلك العلم بهذه الأحكام ، واذا قرن العلم بالعمل كانت السعادة للمرء فى الدنيا والآخرة • أما غير المجتهـدين من العلماء فان هذا العلم يمكنهم من معـرفة مآخـذ المجتهدين ومداركهم ، وكيف استنبطوا الأحكام التى وصلوا اليهـا ــ كما يستطيعون به المـوازنة بين آرائهم وأدلتهم ، وترجيح بعضها على بعض •

ومن ثم كان الفقيه في حاجة الى هذا العلم فى بحثه وتحليله ومقابلته بين المذاهب والآراء الفقهية ، كذلك المفتى لا يستغنى عنه فى توضيح رأيه وتأييده وترجيح فتواه بما يسوقه من القواعد الأصولية أو الحجج الشرعية ، ووضح بذلك أن أصول الشريعة بقسميها عماد الفقه المقارن ٠

فروع الشريعة :

يراد ـ هنا ـ بفروع الشريعة : الأحكام الشرعية التى استمدت من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وكذا سائر الأدلة التى اعتبرها أئمة الشرع مصدرا لاستقاء الأحكام الشرعية منها ، وهى الأحكام الشرعية الفرعية التى تبحث فى علم خاص بها يسمى : علم الفقه ٠

وقد جاء فى الجزء الأول من الدر المختار وحاشيته رد المحتار (١) ـ أن الفقه معناه ـ لغة ـ العلم بالشىء والفهم، ثم خص بعلم الشريعة ٠ واصطلاحا له معنيان :

أحدهما عند الأصوليين ، والآخر عند الفقهاء :

فهو ـ عندالأصوليين ـ العلم بالأحكام الشرعية الفرعية، المكتسب من أدلتها التفصيلية : فالفقه فى الأصول : علم الأحكام من دلائلها ، فليس الفقيه الا المجتهد عندهم ٠ أما ـ عند الفقهاء ـ فهو حفظ الفروع مطلقا ، سواء أكانت بدلائلها أم لا ٠ وحينئذ فالفقه عندهم : حفظ الفروع والعلم بالأحكام الشرعية الفرعية التى توصف بها أفعال العباد والمكلفين من الوجوب والندب والاباحة والحرمة ، والكراهة ٠

وقيل فى تعريفه أيضا : انه مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية ، كما قيل : انه معرفة النفس ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات والأحكام ؟

---

(١) كتاب فى فقه الحنفية للعلامة ابن عابدين ٠

وعلى هذا فموضوع علم الفقه : فعل الانسان من حيث ثبوت الأحكام الشرعية : كأن تقول : صلاة هذا الشخص صحيحة لأنها قد استوفت أركانها وشروطها ، وصلاة هذا باطلة لأنها فقدت ركنا من أركانها أو شرطا من شروط صحتها • وبيع فلان حرام لأن فيه ربا ، وبيع هذا حلال صحيح لأنه خلا مما يوجب حرمته وفساده • وهكذا •

ومن تعريف علم الفقه يعلم أن ثمرته وفائدته معرفة الأحكام الشرعية ، وحمل النفس على التزامها ومراعاتها والعمل بها ، وذلك لاصلاح أحوال الناس فى معاشهم ومعادهم •

أما بحوث هذا العلم — فهي تلك الأقسام والأبواب والأحكام التي تراها مبسوطة ، مدونة فى كتب الفقه الاسلامى المؤلفة فى مختلف المذاهب — لأئمة الشرع المجتهدين، ومن تبعهم من العلماء والفقهاء — كالذى تجده فى أبواب الفقه المختلفة : من بيع واجارة ، ورهن، وشركة ، ومضاربة، وشفعة ، وحوالة ، وكفالة ، وزواج وطلاق ، ووقف ، ووصية ، وميراث ، وهبة ، ودعوى ، وشهادة ، وقضاء ، وجنايات ، وحدود ، وعبادات : من صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج ، ونذر ، ويمين ، وجهاد •

ويجمعها فى جملتها ثلاثة أنواع :

الأول : العبادات • وقد قال العلامة ابن عابدين فى الجزء الأول من كتابه رد المختار : انها خمس : الصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد •

الثاني : المعاملات ، وهى فى رأيه خمسة أنواع : المعاوضات المالية ، والمناكحات ، والمخاصمات ، والأمانات ، والتركات •

الثالث : العقوبات ، وهي القصاص ، وحد السرقة ،

والزنا ، والقذف ، وجزاء الحرابة وقطع الطريق ، والردة ·
ويلحق بالعقوبات التعزير · وهو باب واسع فى الشريعة الاسلامية ، اذ هو عقوبة غير مقدرة من الشارع ، ويجب بارتكاب كل معصية لم يرد بشأنها حد مقدر ·

أما فى تفصيلها فانها ترجع الى ثمانية أنواع :

النوع الأول : مجموعة من الأحكام تسمى العبادات : من صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج ، وجهاد لاعلاء كلمة الله تعالى ، ونذر مشروع · وهى التى شرعت لتنظيم علاقة الانسان بخالقه ، وبها يمتحن صدق ايمانه ، كما أنها سبيل الى تهذيب النفوس ، وتطهير القلوب ، ومما يعين على اصلاح الفرد والمجتمع ·

الثانى : مجموعة أخرى من الأحكام تتصل بالأسرة من بدء تكوينها ، وتتعلق بالانسان من حين ولادته الى حين وفاته وتقسيم تركته بين ورثته · وهى المعروفة فى الاصطلاح الحديث بالأحوال الشخصية : كالزواج ، والطلاق ، والنفقات ، والحجر ، والولاية ، والوصية ، والمواريث · وهى داخلة فى قسم المعاملات ، عند الفقهاء ·

الثالث : أحكام المعاملات المدنية · وهى التى يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد المالية ، وما يتعلق بمعاملاتهم ومبادلاتهم من عقود وتصرفات : كأحكام البيع والاجارة ، والمداينة ، والرهن ، والشفعة ، والحوالة ، والكفالة ، والمضاربة ، والوفاء بالعقود ، وأداء الأمانات ·

الرابع : أحكام مالية واقتصادية ، ويقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، وبين الأغنياء والفقراء ، وهى التى تتعلق بتنظيم بيت مال المسلمين ، وبيان موارده ، وأنواع المال الذى يوضع فيه ، وبيان الجهات التى ينفق فيها كل نوع ·

الخامس : مجموعة من الأحكام تسمى العقوبات • وهي التي شرعت لحفظ حياة الناس ، ودينهم ، وأعراضهم ، وعقولهم ، وأموالهم : كأحكام القصاص والحدود ، والتعزيرات •

النوع السادس : أحكام المرافعات ، التي شرعت بشأن الدعاوى ، وطرق اثباتها ، والقضاء • ويقصد بها تنظيم الإجراءات لتحقيق العدل بين الناس ، وتعبيد السبيل اليه •

النوع السابع : مجموعة من الأحكام شبيهة بما يعرف الآن بالأحكام الدستورية ، وهي التي تنظم علاقة الحاكمين بالمحكومين : كاختيار الولاة ، وما يشترط فيهم ، وبيان حقوق الناس عليهم ، وأحكام الشورى والعدل والمساواة •

النوع الثامن : مجموعة من الأحكام شبيهة بما يعرف الآن بالأحكام الدولية وهي التي تنظم علاقة الدولة الاسلامية بغيرها من الدول في حالتي السلم والحرب وتحدد علاقة المسلمين بغيرهم في بلاد الدول الاسلامية • من ذلك أحكام القتال ، والأسرى ، والغنائم ، والفيء ، وأحكام الصلح ، والمعاهدات والجزية ومعاملة أهل الذمة ، والحرب ، وغير ذلك •

ومن هذا يتبين أن أئمة الشرع الاسلامي ، وعلماء الفقه ـ فيما مضى ـ قد بذلوا أقصى جهدهم ، وغاية كدهم ، فوضعوا للواقعات أحكامها ، كما وضعوا لأمور فرضية لم تقع ـ وقلما تقع ـ أحكاما مناسبة لها ـ مقتبسين ذلك من نصوص الشريعة ، أو من روحها ومعقولها ، أو من قواعدها وقضاياها الكلية ، أو من مقاصدها العامة ـ فوضعوا لنا الخطة ، ورسموا لنا الطريق • وبذلك أدوا واجبهم كاملا نحو الفقه والشريعة •

فعسى الله أن يوفق علماء هذا العصر ، وما يتلوه من عصور لأداء واجبهم نحو الفقه الاسلامي ـ كما فعل أسلافهم من قبل •

٣ ـ أسباب اختلاف العلماء في الأحكام الشرعية

قد يظن الانسان ــ بادىء الرأى ـ أنه لا مسوغ لوجود الخلاف ، والمذاهب المتقابلة فى شريعة الهية ، قد نص على اصولها ، وكثير من قواعدها وأحكامها فى كتاب الله وسنة رسوله ــ صلوات الله وسلامه عليه ــ فما سبب هذا الاختلاف ، ولم نجد العلماء والمجتهدين يختلفون فى كثير من الأحكام التى وصلوا اليها باجتهادهم واستنباطهم ؟ ٠

ولست تجد هذا التعدد فى المذاهب ، وذلك الاختلاف فى الرأى مقصورا على أئمة الفقه الذين وجدوا بعد عصر الصحابة وما يليه من عصور ، بل تجد الصحابة أنفسهم قد اختلفت آراؤهم فى بعض الأحكام ٠

فمن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر : طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : أن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم ٠ وخالفه فى ذلك على وأبو موسى ٠

وكان زيد بن ثابت يقاسم بين الجد والاخوة الأشقاء أو لأب ، وكذلك على وابن مسعود ، وان اختلفت طرائقهم فى المقاسمة ٠ أما أبو بكر فانه رأى الجد كالأب ، يحجب الأخوة ، فلا ارث لهم معه ٠

وكان عمر بن الخطاب يرى أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنتهى بوضع حملها ، فى حين أن على بن أبى طالب يقول : انها تعتد بأبعد الأجلين : من وضع الحمل ، ومضى اربعة أشهر وعشر ٠

وكان على يرى اخراج الزكاة عن أموال اليتامى الذين هم فى حجره ، وغيره يقول : ليس فى مال اليتيم زكاة ــ الى

غير ذلك من الآراء والأحكام المروية عن الصحابة ، ثم اتسعت بعدهم دائرة الخلاف ، وكثرت الآراء وتعددت المذاهب التى جادت بها قرائح المجتهدين فى القرنين الثانى والثالث ـ فما أسباب هذا الاختلاف ، وما علة هذا التعدد ؟

لقد اختلفوا فى الأحكام عامة ، سواء أكانت من الكتاب مستنبطة أم من السنة مستقاة ، أم الى الرأى والقياس تعزى وتنسب ، وأسباب هذا الاختلاف كثيرة متشعبة ، وليس من اليسير حصرها .

وقد أجمل صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ فى مقدمة هذا الكتاب ـ أسباب اختلاف الأئمة والفقهاء فى الأحكام ، وقال ما خلاصته : ان أسباب الاختلاف بالجنس ستة :

أحدها : تردد الألفاظ بين طرق أربع ، وهى أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص ، أو خاصا يراد به العام ، أو عاما يراد به العام ، أو خاصا يراد به الخاص ، أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له .

والثانى : الاشتراك الذى فى الألفاظ كلفظ القرء ، وكلفظ الأمر : هل يحمل على الوجوب أو على الندب ، ولفظ النهى : هل يحمل على التحريم أو الكراهية .

والثالث : اختلاف الاعراب .

والرابع : تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز .

والخامس : اطلاق اللفظ تارة ، وتقييده تارة ـ مثل اطلاق الرقبة فى العتق تارة ، وتقييدها بالايمان تارة .

والسادس : التعارض فى الشيئين فى جميع أصناف الألفاظ التى يتلقى منها الأحكام بعضها مع بعض ، وكذا التعارض الذى يأتى فى الأفعال أو فى الاقرارات ، أو تعارض الأقيسة نفسها ، أو التعارض الذى يتركب من هذه

الأصناف الثلاثة ، وهي معارضة القول للفعل او للاقرار او للقياس ، ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ، ومعارضة الاقرار للقياس •

وسنذكر لك فيما يأتي أسباب الاختلاف بنوع من التفصيل • وحسبنا أن نأتي ببعضها كشاهد على ما لم يذكر منها ، وكدليل على حرية الاجتهاد لدى علماء التشريع الاسلامي الذين لم يتقيدوا الا باتباع أصول شريعتهم ، ومبادىء العدالة فى استنباطهم •

أسباب الاختلاف فى الأحكام المأخوذة من القرآن :

السبب الأول : اختلاف العلماء والمجتهدين فى تفسير الألفاظ ، وفهم ما تدل عليه بسبب الاشتراك العارض فيها ، وهو نوعان :

(أ) اشتراك يجمع معانى مختلفة ، متضادة ـ كالقروء فى قوله تعالى : «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» : فذهب عثمان وعائشة وزيد بن ثابت الى أنها الاطهار، وذهب عمر وابن مسعود الى أنها الحيض ، ولكل دليل وشاهد(١) ـ فاختلف الفقهاء تبعا لاختلاف الصحابة ، فأخذ العراقيون بقول ابن مسعود ، وأخذ الحجازيون برأى علماء الصحابة فى المدينة •

ومثل ذلك اختلافهم فيما يفرض مسحه من الرأس فى الوضوء من قوله تعالى : « وامسحوا برؤوسكم » فمالك يرى وجوب مسح الرأس كله ، والشافعي يوجب أقل ما يطلق عليه اسم المسح ، والحنفية قالوا المفروض مسح بعض الرأس

(١) راجع الانصاف فى التنبيه على الأسباب التى أوجبت الاختلاف للبطليوسى الأندلسى المتوفى سنة ٥٢١ هـ وراجع أيضا أدلة الفريقين فى الجزء الثانى من بداية المجتهد (باب العدة) ، وأحكام القرآن للجصاص •

ولكن قدروه بالربع ــ واصــل الاختلاف في هــذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب (١) ، ذلك انهــا مرة تكون زائدة كما في قوله تعالى « تنبت بالدهن » على قراءة «تنبت» بضم التاء وكسر الباء من أنبت • ومرة تدل على التبعيض كما في قول القائل : أخذت بثوبه وبعضده ــ فمالك اشترط الاستيعاب اما احتياطا ، واما لأن الباء زائدة ، والشــافعي إكتفى بأدني ما يطلق عليه اسم المسح لأن الباء للتبعيض ، والمسح في الآية مطلق لا مجمل • وذهب جل علماء الحنفية في تعليل مسح الربع الى أن الآية مجملة في مقدار ما يمسح من الرأس ، فبينه ما روى من أنه ــ عليه الصلاة والسلام ــ توضأ ، ومسح على ناصيته ، وهي مقدرة بربع الــرأس • ومحققو الحنفية قالوا ان الباء للالصاق وهو المعنى المجمع عليه لها بخلاف التبعيض فان المحققين من آئمة العربية ينفون كونه معنى مستقلا لها ــ بخلاف ما اذا جاء في ضمن الالصاق كما في الآية ــ فتكون الباء داخلة تقديرا ومعنى عــلى آلة المسح وهي اليد وهي لا تستوعب الرأس • وقالوا بالــربع لأن اليد انما تستوعب قدره غالبا ، فلزم •

(ب) اشتراك يقع على معان مختلفة غير متضادة ، وذلك نحو قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ؛ ويسعون في الأرض فسادا ـ أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ــ ذلك لهم خزي في الدنيا ، ولهم في الآخــرة عذاب عظيم » ــ فذهب الحسن البصري وعطاء ومالك الى أن كلمة (أو) في الآية للتخيير ، وعلى ذلك فالامام عندهم مخير في هذه العقوبات ، يفعل ما شاء منها بقاطع الطريق • وذهب آخرون الى أن (أو) للافراد والتفصيل : فمن قتل ولم يأخذ المال ــ يقتل ، ومن حارب وقتل وأخذ المال ــ يصلب ، ومن أخذ المال ولم يقتل

---

(٢) الجزء الأول من بداية المجتهد ص ١٠ ــ طبعة الحلبى سنة ١٣٣٩هـ •

ـ تقطع يده ورجله من خلاف ، ومن اقتصر على الاخافة ينفى من الأرض، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ـ كذلك اختلفوا في معنى النفي : فقال الحجازيون : ينفى من موضع الى موضع ، وقال العراقيون : يسجن ويحبس (١) •

الثاني : ـ اختلافهم بوجه عام فى فهم النصوص القرآنية ، وان لم يكن ذلك بسبب الاشتراك ومن أمثلته : اختلافهم في حكم الايلاء اذا مضى على المولى أربعة أشهر بدون فيء (٢) : فقيل تطلق المرأة بمضى المدة من غير فيء ، وقيل يطالب الزوج عند انتهائها : اما بالفيء ، واما بالطلاق وهو الرأى الراجح • والنص الوارد فى الايلاء يحتمل هذين الرأيين ، وهو قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » •

الثالث : ـ ورود آيتين متعارضتين فى الظاهر في بعض ما تدلان عليه ، فتختلف المدارك في الاستنباط ، فيرى بعض العلماء امكان العمل بهما جميعا ، ويرى آخرون أن احداهما مخصصة لعموم الأخرى ومن أمثلة ذلك قول الله تعالى في عدة المتوفى عنها زوجها : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله جل شأنه فى عدة الحامل « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » • فالآيتان ـ كما ترى ـ متعارضتان فى الحامل المتوفى عنها زوجها : أتعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام ـ عملا بالآية الأولى ، أم تعتد بوضع الحمل ـ عملا بالآية الثانية ؟ رأى على رضى الله عنه أنها تعتد بابعد الأجلين • عملا بالآيتين ، ورأى عمر رضى الله عنه أن الآية الثانية مخصصة للأولى فقال : عدتها تنتهى بوضع الحمل •

---

(١) الانصاف للبطلبوسى •

(٢) الفيء : الرجوع فى اليمين بالحنث ، والايلاء هو أن يحلف الرجل على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا •

الرابع : — ورود آيات قرآنية مجملة أو مطلقة أوعامة مع ورود أحاديث في موضوعها : فيختلف العلماء في مدى الارتباط والصلة بينهما : فمنهم من يرى تقييد المطلق وتخصيص العام ، ومنهم من يرى غير هذا الرأى فيأخذ الآيات على اطلاقها أو عمومها لأن الأحاديث لم تثبت عنده ، أو لأنها أخبار آحاد لاتصلح — فى نظره — لتقييد مطلق الكتاب أو تخصيص عامه .

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى في سورة النور : « الزانيه والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، وهذا النص عام يشمل المحصن (١) وغير المحصن فذهب الخوارج وبعض المعتزلة كالنظام الى أن الحد فى الزنا الجلد ليس غير ، وأنكروا الرجم لعدم ذكره فى كتاب الله تعالى ، وقالوا ان ما ورد من رجم الثيب الزانى خبر واحد ، وهو ليس بحجة عندهم — فعملوا بعموم الآية ولم يخصوها بغير المحصن — وذهب جمهور العلماء والفقهاء الى أن عقوبة الزانى المحصن : الرجم حتى يموت محتجين بأن الرجم ثابت بالسنة، وما ورد فى ذلك حديث مشهور يصلح أن يكون مخصصا للآية ، وعلى ذلك خصوها بغير المحصن . وقد رد على الخوارج الكمال بن الهمام الحنفى بأن رجم المحصن ثابت — أولا — باجماع الصحابة عليه — وثانيا بأن ثبوت الرجم عن الرسول متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم ، وأخبار الآحاد انما هى فى تفصيل صوره . أما أصل الرجم ومعناه فثابت بالتواتر .

ومن أمثلته أيضا قول الله تعالى فى حد السرقة : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، جزاء بما كسبا ، نكالا من الله » ، والآية مطلقة أو مجملة ، لم تبين المقدار المسروق الذى يحد فيه ، فنشأ من ذلك اختلاف العلماء ،

---

(١) المحصن : المتزوج بشروط مذكورة فى كتب الفقه .

ومنشأ هذا الاختلاف أن بعض العلماء أخذ بعموم الآية واطلاقها فقال بالقطع في كل ما له قيمة وان قل ، ولم يثبت عنده ما ورد من اشتراط قدر معين من المال ، وهذا رأى الخوارج ، وداود الظاهرى والحسن البصرى فى احدى الروايات عنه • وجمهور العلماء قيدوا اطلاق الآية ، وخصوا عمومها بما صح عندهم من الآثار ، منها ما رواه عامر بن سعد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقطع يد السارق الا فى ثمن المجن » كما روى : « أدنى ما يقطع فيه السارق ثمن المجن » ثم ان هؤلاء العلماء الذين اتفقوا على تقييد اطلاق الآية اختلفوا في تقدير النصاب الذى تقطع فيه اليد : فذهب الحنفية الى أنه عشرة دراهم ، والشافعية الى أنه ربع دينار أو فيما قيمته ذلك ، وذهب مالك وأحمد الى أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، ومنشأ هذا الاختلاف : اختلاف الروايات من جهة ، واختلاف الصحابة فى تقويم ثمن المجن ـ الذى قطع فيه الرسول ـ من جهة أخرى : أثلاثة هو أم عشرة ، أم غير ذلك : فأخذ مالك بالأقل لأنه المتيقن ، وأخذ الحنفية بالأكثر اتباعا لقاعدة : « ادرءوا الحدود ما استطعتم »وهذا لأن فى الأقل شبهة عدم الجناية ، وهى دارئة للحد •

أسباب الاختلاف فى الأحكام المأخوذة من السنة :

اذا كان الاختلاف فى أحكام القرآن ممكنا ، وقد حدث على النحو الذى أسلفناه ـ فهو فى السنة أكثر وقوعا وأقرب تصورا لأنهلم يشرع فى تدوينها الا فى العصرالأموى، فكانت موزعة على رواتها من الصحابة ، ومن تلقى عنهم من التابعين ولم يستقل أحد بعلمها ولا بحفظها ، بل كان عند كل واحد منهم ما ليس عند الآخرين ، وبعضهم مقل وبعضهم مكثر ـ هذا الى أن الصحابة تفرقوا فى الأقطار الاسلامية • ثم تفرق المسلمون ، وانقسموا أحزابا ، ودخل فى الاسلام من ليس مخلصا له ـ فتطرق الوضع الى السنة ـ فليس بدعا بعد هذا

كله أن يحصل اختلاف في الأحكام المأخوذة منها • ولنوضح ذلك بذكر هذه الأسباب :

الأول : أن ما روى عن الرسول ــ صلوات الله وسلامه عليه ــ قد يكون متواترا (١) ، وهذا في السنة القولية قليل ــ ، أو لا يكاد يوجد • وقد يكون غير متواتر ، وهو منازل ودرجات تختلف في القوة والضعف والصحة والحسن وغيرها • أما الأول فان ثبت تواتره مع قلته فلا اختلاف في الأخذ به ، وأما غير المتواتر فقد يقع في بعض أنواعه الاختلاف بين العلماء ، وتبعا لذلك يختلفون في الأحكام •

الثاني : قد يرد من الحديث ما يصح عند قوم، ولا يصح عند آخرين ، أو يشترط قوم لصحة الحديث والعمل به شروطا كثيرة ، فاذا لم تتحقق فضلوا عليه القياس ، ولا يشترط قوم هذه الشروط ويفضلون الحديث على القياس ــ فيترتب على ذلك اختلاف الأحكام •

الثالث : أن الحديث قد يسمعه بعض الصحابة فيقضى به ، ولا يسمعه الآخر فيجتهد ، ويقضى بما يخالفه كما وقع لابن عمر ، فانه حكم ــ بناء على اجتهاده ــ بنقض الشعر للنساء عند الغسل ، فلما بلغ ذلك عائشة أنكرته وقالت : لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم ــ من اناء واحد ، وما أزيد على أن أفرغ على رأسى ثلاث افراغات •

الرابع : اختلاف الرواية في الحادثة الواحدة ، ومن ذلك اختلافهم في الذى أحرم به النبى صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع : أهو الحج فقط فيكون مفردا ، أم العمرة ثم الحج ، فيكون متمتعا ، أم الحج والعمرة ــ فيكون قارنا • ولهذا اختلف الفقهاء في الأفضل : الأفراد ، أم القران ، أم التمتع ؟

---

(١) السنة المتواترة ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على الكذب •

الخامس : قد يعرض الخلاف من قبل الاباحة والتوسيع على العباد ـ كالذى ورد من مختلف الروايات فى صفة الأذان والاقامة ، وفى عدد تكبيرات العيدين ـ فاختلف الفقهاء تبعا لذلك فى صفتها وعددها ، وطريقة أدائها (١) .

أسباب الاختلاف المشتركة بين أحكام القرآن والسنه :

هناك أسباب للاختلاف مشتركة بين أحكام القرآن والسنة ـ منها :

أولا : التعارض فى النصوص : فبعض العلماء يرى الجمع بينها والعمل بها جميعها ان أمكن ، وبعضهم يتجه الى التأويل ، والتوفيق بينها بالرأى والاجتهاد ، فان لم يستطع ذلك رجح القول بالنسخ فيعمل بالناسخ دون المنسوخ . ومن أمثلة ذلك البكر اذا زنى : فقد وردت فى عقوبته هذه الآية : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، وورد فيه حديث عبادة بن الصامت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة » : فالآية اقتصرت على الجلد ، ولم تذكر النفى ، والحديث جمع بينهما : فذهب الشافعى وأحمد والثورى والأوزاعى الى أنه فى البكر يجمع بين الجلد والنفى ، والحنفية قالوا : يجلد ولا ينفى ـ عملا بالآية الا اذا رأى الامام نفيه ، فاذا رأى ذلك كان نفيه تعزيرا وليس بحد ، وذلك لأن الآية فى رأيهم نسخت حديث عبادة الذى جمع بين الجلد والنفى (٢) .

ثانيا : اختلافهم فى عموم النصوص وخصوصها : فقد ترد فى القرآن أو الحديث نصوص يتفق الجميع على عمومها ، أو على خصوصها ، وقد ترد نصوص أخرى محتملة ، فيقع فيها الخلاف ، ومن أمثلة ذلك ما سبق ذكره فى السبب الثالث من أسباب اختلاف العلماء فى الأحكام المأخوذة من القرآن .

---

(١) الانصاف ، وفقه الاسلام للمؤلف .

(٢) راجع الهداية وفتح القدير ونيل الأوطار وأحكام القرآن للرازى .

ثالثا : اختلافهم العارض من قبل النسخ : فإن من العلماء من ينكر وجوده فى القرآن ، ومنهم من يثبته • كذلك إختلف المثبتون له فى أمور : منها اختلافهم فى نسخ السنة للقرآن : أيجوز أم لا ؟ ومنها اختلافهم فى نصوص من القرآن والحديث : فيذهب بعضهم الى القول بنسخها ، ويرى بعضهم أنها غير منسوخة وكل ذلك مما يترتب عليه اختلاف الأحكام (١) • وأمثلة ذلك معروفة مشهورة •

رابعا : النزاع فى أكبر مسألة يدور عليها التكليف ، وبعبارة أخرى : إختلافهم فيما تدل عليه صيغتا الآمر والنهى : افعل ــ لا تفعل ــ يوضح ذلك أن جمهور العلماء ذهبوا الى أن صيغة الأمر حقيقة فى الوجوب الا اذا دل الدليل على أن المراد منها غيره كالندب والارشاد والاباحة ، كما ذهبوا الى أن صيغة النهى حقيقة فى التحريم ، وترد فيما عداه مجازا بمعونة الأدلة والقرائن ــ كالكراهة ، والارشاد، والتهديد ، ولغير الجمهور من العلماء أقوال أخرى فى المعنى الحقيقى لكل من الأمر والنهى ــ فنشأ اختلاف العلماء المجتهدين فى استنباط الأحكام من أوامر الشرع ونواهيه : فتارة يبقون الأوامر على الوجوب ، والنواهى على التحريم ، وتارة يخرجونها عن ذلك الى الندب أو الكراهة، أو الارشاد، أو يقولون ان الأمر للاباحة ، وذلك بالاستدلال ، أو بنوع من القرائن ، يتفقون على ذلك أحيانا ، وقد يختلفون •

ومن أمثلة ذلك قول الله ــ جل شأنه : « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم » :

الآية أمرت بالاشهاد ، فاختلف العلماء فى المراد من هذا الأمر : فنقل عن عطاء وعن الشافعى فى القديم أن الاشهاد على الرجعة واجب ، فان لم يشهد المطلق على الرجعة لم

---

(٢) الانصاف للبطليوسى •

تصح لأن الأمر فى الآية للوجوب ، وذكر ابن حزم فى كتابه المحلى وهو المعبر عن رأى أهل الظاهر أن الطلاق والرجعة لا يصحان بدون اشهاد شاهدى عدل (١) • ورأى جمهور العلماء أن الأمر فى الآية للندب خشية التجاحد ونفيا للتهمة اذا علم الطلاق ، ولم تعلم الرجعة ، ولذلك قالوا ان الاشهاد على الرجعة مستحب ، لا واجب (٢) •

وعلى هذا القياس أوامر السنة ونواهيها •

أسباب الاختلاف فى الأحكام المستنبطة بالرأى والقياس :

اذا حدث الاختلاف بين الأئمة والفقهاء فى الأحكام الشرعية المستقاة من الكتاب والسنة ـ فهم ـ بلا ريب ـ أشد اختلافا فيما لا نص فيه ـ مما يرجعون فيه الى الاجتهاد بالرأى والقياس ـ بتطبيق وجوه العدالة والمصالح أو استنباط العلل عند استعمال القياس • ونحن نجمل ذلك فى هذه الأسباب :

الأول : اختلاف العلماء فى القياس ، وتفاوتهم فى استعماله قلة ، وكثرة فبعض العلماء ينكر القياس ، وبعضهم يثبته • والمثبتون له : فيهم المقل ، وفيهم المكثر ، وفيهم من سلك طريقا وسطا ، وكل هذا مما يترتب عليه اختلاف الأحكام •

الثانى : اختلاف مقدرتهم على القياس والاستنباط •

الثالث : تأثر كل مجتهد بما يحيط به من الأحوال الاجتماعية أو السياسية كالذى روى عن الشافعى من مذهبه العراقى القديم ، ثم تغيير كثير من آرائه فى مذهبه المصرى الجديد ـ حينما رحل الى مصر ، واتخذها مقرا له ومقاما •

---

(١) تاريخ التشريع للخضرى ص ٢٨٣ •

(٢) فتح القدير وأحكام القرآن للرازى •

الرابع : وهو أهم ما يرجع اليه اختلافهم بسبب الرأى والقياس ــ اختلاف نظرهم فى استنباط العلة ، والاستدلال على اعتبارها : فقد يقوم الدليل عند قوم على اعتبار علة ويقوم الدليل عند آخرين على اعتبار علة أخرى ٠

ومن أمثلة ذلك ورود النص بأن القاتل لا يرث : فرأى بعض العلماء أن العلة فى حرمانه من الارث انه اقترف فعلا لغرض محرم يستعجل به الشيء قبل أوانه ، فيعاقب بحرمانه وبعكس غرضه عليه ، وبناء على هذا ــ قالوا ان من أبان زوجته فى مرض موته يعتبر فارا بالشروط المعروفة فى كتب الفروع ، وترثه ، ورأى بعضهم أن علة الحرمان كونه قاتلا ، فلم يعدوا الحكم الى مسألة الطلاق المذكورة ، واعتبروا الطلاق البائن مانعا من الميراث ولو كان فى مرض الموت ٠

ومن ذلك اختلاف علماء الحنفية فى علة عدم استحقاق قاتل الموصى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » : هل علة الحرمان من الوصية راجعة الى حق الورثة دفعا للغيظ عنهم ، أم أنها راجعة الى أن القتل بغير حق جناية تستحق الزجر بالحرمان من الوصية ؟ ــ ذهب الى العلة الأولى أبو حنيفة ومحمد ولهذا قالا : تنفذ الوصية اذا أجازها الورثة ، وذهب الى العلة الثانية أبو يوسف ــ ولهذا قال بحرمان القاتل من الوصية ولو أجازها الورثة ٠

هذا ــ الى وجود أدلة اختلفوا فى صحة الاعتماد عليها وفى العمل بها قلة وكثرة : كالمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب وغيرها ــ مما يترتب عليه الاختلاف فى الأحكام المستنبطة ٠

أما بعد فلا يروعنك هذا الاختلاف ، ولا يهولنك تعدد الآراء ــ فما كان لشريعة أراد الله بقاءها وجعلها خاتمة

الشرائع أن تصب أحكامها فى قالب واحـد : ولا أن تدون فى مواد وأحكام لا تختلف ، والا قلب لها الدهر ظهر المجن وتنكرت لها الأمم • ولكنه جعل الاجتهاد أساسها ، ورعاية مصالح الناس غايتها ، ونص على الأحـكام التى لا تختلف باختلاف الزمن ولا يتغير وجه المصلحة فيها باختلاف الامم ، وترك ما وراء ذلك لمجتهدى هذه الأمة يسايرون به الزمن ، ويراعون تطور الأمم •

٤ ــ الفقه الاسلامى

كتبه ومؤلفاته ــ واجبنا نحوه

١ ــ ماذا يراد بالفقه الاسلامى ؟

يراد به هنا ــ مجموعة الأحكام الشرعية المـدونة فى مختلف المذاهب الفقهية للأئمة الأربعة : أبى حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل ، وغيرهم من أهل المذاهب الأخـرى التى لم يقدر لها شيعان ولا انتشار ــ مثل المذاهب الأربعة ــ كمذهب أهل الظاهر ، وفقــه الشـيعة ، ومذهب الليث بن سعد ، والامام الأوزاعى وابن جرير الطبرى ، وغـيرهم ، يضاف الى ذلك ما أثر من آراء وفتاوى ومذاهب للصـحابة والتابعين • ومن يليهم ــ وفى صدرهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبـــل وأبو موسى الأشعرى وعبادة بن الصامت وأبو الدرداء وعبدالله ابن عمر وعبـد الله بن عمرو بن العـاص رضى الله عنهـم أجمعين ، ثم الفقهاء السبعة بالمدينة وعلى رأسهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير ، وفقهاء مكة وعلى رأسهم عطاء بن أبى رباح وابن جريج وسفيان بن عيينة ، وفقهاء الـكوفة ومنهم علقمة بن قيس النخعى وشريح بن الحارث وعبدالرحمن ابن أبى ليلى ثم فقهاء الشام وفقهاء مصر ومنهم يزيد بن أبى

حبيب وعبيد الله بن أبي جعفر ، وعن يزيد بن أبي جبيب
اخذ الليث بن سعد فقيه مصر ومحدثها وكان متبحرا فيالعلم
والفقه حتى قال فيه الشافعي ، « كان الليث أفقه من مالك
الا أن أصحابه لم يقوموا (١) به » وغير هؤلاء كثير (٢) ٠

٢ ـ تدوين الكتب فى المذاهب الأربعة وغيرها :

وقد دونت الكتب فى المذاهب الأربعة وغيرها ، فصار
لكل مذهب كتبه التى ألفها أئمته وتلاميذهم ومن جاء بعدهم
من مقلديهم ، وبخاصة بعد أن تقاصرت الهمم عن الاجتهاد
المطلق منذ أوائل القرن الرابع الهجرى وصار العمل وقفا
على هذه المذاهب الأربعة دون غيرها الا فى بعض قليل من
البلاد الاسلامية التى تعمل بمذهبالشيعة الزيدية أو الشيعة
الامامية ، كما أنه قد ألفت بعض الكتب في فقه الظاهرية
وأهمها ما ألفه الامام ابن حزم الأندلسى ٠

٣ ـ ما أدته هذه المؤلفات من جليل المنافع :

هذه الكتب التى ألفت فى المذهب الحنفى أو الشافعى
أو المالكى أو الحنبلى أفادت المسلمين أجل فائدة ووقفتهم على
أحكام دينهم فى عباداتهم ومعاملاتهم وسائر شئونهم ، وكانت
مفزعهم وملاذهم ومستقى فتاويهم ، كلما نزلت بهم نازلة
أو ألم بهم خطب أو عرضت لهم أحداث ووقائع يريدون
معرفة رأى الدين فيها ٠

وقد تجلى فى هذه الكتب روح الاخلاص والمثابرة الذى
عرف به مؤلفوها كما تجلى فيها الرغبة فى التحقيق والتدقيق
والقدرة على فرض الجزئيات والفروع وتقدير الحوادث
ووضع الحكم المناسب لكل منها ـ فجزاهم الله عنا وعن
الشريعة الغراء خير الجزاء ٠

---

(١) معنى عدم قيامهم به أنهم لم يعنوا بتدوين آرائه وبثها فى الجمهور

(٢) راجع مقدمة كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٠

٤ ــ بعض ما يوجه اليها من مآخذ :

غير أن هـذه المؤلفـات مع غـزارة فوائدها وشـمول منفعتها ــ ولا سيما فى العصـور التى ألفت فيها ــ لا يخلو أكثرها من مآخذ نجملها فيما يلى :

(أ) صعوبة تناول المعلومات منها على من يريدها الا من تمرس بها أمدا طويلا وذلك لما تشـتمل عليـه من عبارات وأساليب قد تدق عـلى الفهم • أو لا تتفق مع روح العصر الذى نعيش فيه ، وقد تكون فيها مصطلحات لا يتبـادر الى الذهن ادراكها ، ولأنها فوق هذا وذاك ينقص بعضها حسن العرض والتبويب •

(ب) أنها عرضت للمسائل والأحـكام بطريقة تبتهلك كثيرا من وقت المطلع أو الباحث المنقب وتكلفـه كثيرا من الجهد والمشقة ، لأن الكثير منها ألف عـلى أن توضـع عليه الشروح والحواشى التى توضح الغامض أو تزيد فى القيود والشروط أو تعمد الى تحرير الموضـوع أو تذكر كثيرا من تفاصيله التى أجملها المتن أو الشرح ، أو تعمـد الى آراء المخالفين وذكر أدلتهم والرد عليهم •

وهـذا شأن أكثر الكتب الفقهية التى حظيت أكثر من غيرها بدراسة أهل العلم وتلقى الأحكام الفقهية منها ، وهى شائعة فى المذاهب الأربعة •

فمن ذلك فى المذهب الحنفى ــ كتاب بداية المبتدى : فان عليه شرح الهداية وعلى هذا الشرح فتح القدير للكمال ابن الهمام كما أن للهداية شرحا آخر ، اسمة « العناية على الهداية » وعلى شرح العناية حاشية تسمى حاشية سعدى جلبى •

ومن هذه المصنفات كتاب تنوير الأبصار • فان عليـه شرح الدر المختار وعلى هذا الشرح حاشية العـلامة الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ــ المسماة رد المحتار ، ومثل

ذلك كتاب كنز الدقائق فان عليه عدة شروح منها شرح تبيين الحقائق للامام الزيلعى ، وعلى هذا الشرح حاشية الشيخ الامام شهاب الدين أحمد الشلبى ·

وكل هذه الكتب تتفق فى صفة واحدة ـ هى أنك لا تستطيع أن تستوعب أى موضوع فيها الا اذا اطلعت اطلاعا دقيقا على المتن وكل ما تعلق به من شروح وتعليقات فان الموضوع لا يتم بحثه بشرائطه ودقائقه وجملة الآراء فيه الا بالاطلاع عليها جميعها وفى هذا ما فيه من الجهد والنصب وما يستلزم ذلك من مضاعفة الوقت والزمن · واذا كان هذا كله يبذل اذا أردت الاطلاع على موضوع فى مذهب واحد ـ فليت شعرى ما الذى يلزم بذله وانفاقه من جهد وزمن اذا أردت الاطلاع على الموضوع نفسه فى كتب المذاهب الأخرى ؟

ومن أمثلة ذلك قول صاحب الدر المختار فى شرحه لمتن تنوير الأبصار عند تعريف البيع ·

(هو) لغة مقابلة شىء بشىء مالا أو لا بدليل : وشروه بثمن بخس ، وهو من الأضداد ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد ، وباللام ـ يقال بعتك الشىء وبعت لك ـ فهى زائدة قاله ابن القطاع ، وباع عليه القاضى أى بلا رضاه ، وشرعا (مبادلة شىء مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم (على وجه) مفيد (مخصوص) أى بإيجاب أو تعاط ، فخرج التبرع من الجانبين ، والهبة بشرط العوض وخرج بمفيد مالا يفيد ، فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة ، ولا مقايضة أحد الشريكين حصة داره بحصة والآخر ·· الى أن يقول « وصفته : مباح ، مكروه ، حرام ، واجب » ·

ثم يجىء ابن عابدين فى حاشيته المسماة رد المحتار على الدر المختار ـ فيعلق على بعض العبارات السابقة :

فعند قول الشارح (مالا أولا) يعلق عليه بقوله : المراد

بالمال ما يميل اليه الطبـع ويمكن ادخاره لوقت الحـاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم والتقـوم يثبت بها وباباحة الانتفاع به شرعا ، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يتمول بلا اباحة انتفـاع لا يكـون متقوما كالخمر : واذا عدم الأمران لم يثبت واحـد منهمـا كالدم ٠٠٠ الى آخره ٠

ثم يعود فيقول معلقا على قول الشارح : (ولا مقايضة احد الشريكين حصة داره بحصـة الاخـر) أى المسـتويين ، والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشـاعة بينهما ٠ أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الأخـرى فالظاهر جواز المقايضـة لأنه قد يكون رغبـة كل منهما فيما فى يد الآخر فهو بيع مفيد بخلاف المشاعة ، فافهم) ٠

ثم يوضح قول الشارح : « وصفته مبـاح ، مكـروه ، حرام ، واجب » فيقول : البيع مباح اذا خـلا عن أوصـاف ما بعده ، ومكروه كالبيع بعد النداء فى الجمعة ، وحـرام كبيع خمر لمن يشربها ، وواجب كبيع شيء لمن يضطر اليه» ٠

وتجد مثل ذلك فى كتب المذاهب الأخرى ٠

(جـ) انها فى بعض المسائل التى تعرض لها تذكر كثيرا من الآراء فى المسألة الواحدة حتى ليحار الباحث ٠ فلا يدرى ايها يرجح ٠

وانا لنضرب لذلك مثلا ما ساقته أغلب كتب الحنفية من آراء فيما يسمونه بيع الوفاء :

جاء فى تبيين الحقـائق ــ شرح كنز الدقائق ــ للامام فخرالدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ــ فى كتاب الاكراه ــ ما خلاصته : ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيـع المكره ، أى فللبائع حق نقض بيع المشترى وهبته لأنه بيـع بشرط فاسد ، وصورته أن يقـول البائع للمشترى : بعت

منك هذا بالدين الذى لك على ـ على أنى متى قضيت الدين فهو لى ـ أو يقول : بعت منك هذا بألف علـى أنى لو دفعت اليك ثمنك ـ تدفع العين الى ، فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند المقدرة على ايفاءالدين أو عند رد الثمن ـ فيفيد الملك عند اتصال القبض به . ولكن للبائع وفاء أن ينقض بيع المشترى كما فى بيع المكره .

ومنهم من جعله رهنا لأن البائع لما اشترط أخذ المبيـع عنـد قضاء الدين ـ آتى بمعنى الرهن لأنه هو الذى يؤخـذ عند قضاء الدين ، والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حـوالة ، فاذا كان رهنا لا يملكه المشترى ، ولا ينتفع به الا باذن البائع ، وأى شىء أكل من زوائده يضمنه ويسترده عنـد قضـاء الدين ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن .

ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه : وهو الانتفاع به ـ دون البعض ـ وهـو البيع ـ لحاجة الناس اليه ، ولتعاملهم فيـه ، والقـواعد قد تترك بالتعامل .

ومن المشايخ من جعله باطلا ، اعتبره بالهازل ... الى آخر ما جاء به .

وفى بعض الكتب ذكر فى بيع الوفاء ثمانية أقوال وفى بعضها الآخر تسعة (١) .

(د) ان كتب كل مذهب يغلب فيها الانتصارلهذا المذهب على غيره من المذاهب مهما وضـح وجه الحق فى المـذهب المخالف وذلك لغلبة روح التقليد وانتشار التعصب المذهبى الذى يطمس الحقائق ويذهب بجلال الحق وجماله .

وليس أدل على ذلك ـ من الرجوع الى كتب الفقه التى

---

(١) راجع الجزء الرابع من كتاب رد المحتار .

عرضت لايراد أدلة المذهب الحنفي والرد على المذاهب الأخرى المخالفة ونقض أدلتها ــ مثل شرح الهداية وكتاب تبيين الحقائق ــ في مذهب الحنفية ٠

(هـ) جد من ضروب المعاملات في هذا العصر ــ ما يصعب معرفة حكمه من هذه الكتب ــ لأنها لم تكن معروفة في عصور تأليفها ٠

٥ ــ قصدنا من ايراد هذه المآخذ :

ونحن لم نرد ــ معاذ الله ــ من ايراد هذه المآخذ ، ولا بذكر الأمثلة عليها ــ الغض من هذه المؤلفات ولا ان نالت (١) مؤلفيها وعلماءها حقهم . ولا ان نتنمس مجدهم العلمي فان لهم من سعة البحث والتدقيق ــ وما بذلوا من جهود في التثبت والتحقيق ما يوجب علينا تعظيمهم وتوقيرهم والاشادة بذكرهم والتنويه بآثارهم العلمية المجيدة التي لا نزال نغترف من مناهلها والتي يجب ان تظل مراجع شيمه للفقه الاسلامي نلوذ بها ــ كلما دعت الحاجة أو اقتضى الأمر أن نفيء اليها ــ انما أردنا فقط أن نلفت الأنظار الى أنه لا يجوز لنا أن نعيش عيالا عليها الى الأبد ، بل يجب علينا أن نقوم بخدمة الفقه الاسلامي كما قام أسلافنا بخدمته وأن نقضي فيه حق العلم كما قضوا ٠ وأنه لمن الواجب على علماء الشريعة الاسلامية وأئمتها في جميع الأقطار الاسلامية ــ في هذا العصر ــ أن يقوموا بواجباتهم كاملة نحو الفقه الاسلامي اجتهادا وتأليفا وتدريسا ، كما أن على الحكومات الاسلاميه واجبا آخر حيال هذا الفقه ٠

٦ ــ واجبنا نحو الفقه الاسلامي :

هذه الثروة العلمية القانونية الضخمة التي خلفها اسلافنا مدونة في بطون الكتب ، وهذه الكنوز والنفائس

---

(١) اله حقه ، تنقصه اياه ٠

المخبوءة ، وتلك الدرر واللآلىء المكتنة فى أصدافها ــ علينا بازائها أفدح التبعات ، وفى أعناقهــا حيالها ديون واجبــة الأداء ، وقد حل الآن وقت أدائها ٠

تلك الواجبات نجملها فى وجوه الاصلاح الآتية :

الأول : أن يقــوم أقطاب الشريعــة الاسلامية وفطاحل علمائها ــ باستخراج ما فى الــكتب الفقهيــة من البحــوت النافعة والآراء القيمة والأحكام العادلة وعرضــها عرضــا حسنا منظم التبويب سهل التناول فى مؤلفات عصرية تنشأ لأبناء الجيل الحــاضر ليعرفوا محاسن الشريعــة ومبادئهــا القويمة وأحكامها العادلة فان تم وضعها فى هذه الصــورة التى تجمع بين القــوة وجمــال العــرض وحسن التبــويب والترتيب والجمع اســتطعنا أن نقنــع الــكثيرين بصلاحية الشريعة ــ كما هى الحقيقة ــ للتطبيق والعمل بها فى كل زمان ومكان ٠

الثانى : اعداد العدة لتكوين طائفة ممتازة من علمــاء المسلمين تتوافر فيهــا أهلية الترجيح والاختيــار والاجتهاد وذلك لينهضوا بهذا الواجب فى الأحــكام الاجتهــادية التى لا نص فيها أو فيها نص يحتمل الاجتهاد كمــا هــو مبين فى موضعه ٠

ومن ثــم يجب تنظيــم مرحلة التخصص فى الشريعــة الاسلامية ــ فى الجامعات الاسلامية التى تعنى بدراسة تلك الشريعة ــ على أن تكون الدراسة دراسة اســتيعاب واحاطة وتحليل ووقوف على مذاهب الأئمة والعلماء المجتهــدين مع دراسة أصول الفقه والقواعد الكليــة التى ترجــع اليهــا الفروع ٠ ومع دراسة آيات الأحكام وأحاديثها دراسة تفصيلية ودراسة تاريخ التشريع ٠ كذلك يجب أن يقف علماء الشريعة على مبادىء القانون العصرى وأساليب بحثه حتى تمتزج فيهم العقليتان الشرعية والقانونية ــ وذلك كله بعد أن يكــون

الطالب قد درس جل أبواب الفقه ومباحثه قبل مرحلة التخصص دراسة عامة •

الثالث : هو ما يجب على حكومات البلاد الاسلامية ـ وفى صدرها الحكومة المصرية ـ من تاليف مجمع للفقه الاسلامي ـ على غرار المجمع اللغوى ـ يختار اعضاؤه من أئمة مذاهب ذلك الفقه وعلمائه في مصر وغيرها من البلاد الاسلامية ، ومن أعلام القانون الوضعي الذين عرفوا لشريعة الاسلام قدرها ، واطلعوا على أسرارها ومزاياها ـ على ان يناط بذلك المجمع أمران :

احدهما : ترتيب الفقه الاسلامي على مختلف المذاهب ، وتجميعه في بنود مرتبة ، وأبواب منسقة ، في جميع بحوثه •

والآخر : اضطلاعه بواجب الترجيح والاجتهاد ـ لوضع احكام لما جد ويستجد من الوقائع والحوادث وضروب المعاملات ـ مسترشدا فى ذلك بالقواعد الأصولية ، والمبادىء الشرعية ، والأصول الاسلامية ، وباراء أئمة الفقه الاسلامى ـ وذلك فى المواطن التى يسوغ فيها الاجتهاد شرعا •

وبهذا تستطيع كل دولة اسلامية ـ عند وضع قوانينها أو تغيير شيء منها أن تستقى من الأحكام التى يقرها ذلك المجمع الفقهى الاسلامى •

٥ ـ حكم الاجتهاد والتقليد ـ ذم العلماء التقليد

لما كان الاجتهاد أهم الدعائم التى قام عليها الفقه الاسلامي الذى سندرس بعض مباحثه دراسة مقارنة ولما كان التخريج والترجيح من ثمرات الدراسة المقارنة على ما سنذكره بعد ـ وهما نوعان من الاجتهاد ـ كما أن حب التقليد والاذعان له لا يعين على تلك الدراسة ـ اقتضت الحال أن

نذكر كلمة فى الاجتهاد ، وأخرى فى التقليد ، ورأى العلماء والأئمة فى ذلك ٠

الاجتهاد فى الشرع الاسلامى

الاجتهاد : هو بذل الفقيه وسعه فى طلب العلم بالأحكام الشرعية ٠ ومحل الاجتهاد هو كل حكم شرعى ليس فيه دليل قطعى : فلا اجتهاد فيما اتفقت عليه الأمة أو دل عليه الدليل القطعى من جليات الشرع كوجوب الصلوات الخمس ، والزكاة ، وما يشبه ذلك ٠

ويشترط فى المجتهد اجمالا تحقق أمرين :

الأول : أن يكون عدلا ــ غير أن العدالة شرط لجواز الاعتماد على فتواه أما أخذه لنفسه باجتهاده فلا يشترط ذلك له ٠

الثانى : أن يكون محيطا بمدارك الشرع متمكنا من استنباط الأحكام منها ، له ملكة يقتدر بها على استخراج الأحكام من مأخذها ٠ ومدارك الاحكام : الكتاب والسنة والاجماع والقياس ٠ أما الذى يمكنه من استنباط الأحكام منها فهى معرفة اللغة العربية وعلومها على وجه يتيسر به فهم خطاب العرب وعاداتهم فى الاستعمال ٠

وقد جمع الشاطبى فى الموافقات ما ينبغى أن يتصف به المجتهد ، فقال : انما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين : أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها ، والثانى التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها (١) ٠

---

(١) فقه الاسلام للمؤلف ــ والموافقات الجزء الرابع ص ٥٦ وما بعدها من طبعة سنة ١٣٤١ هجرية ٠

تجزئة الاجتهاد :

ذهب بعض علماء الأصول الى جواز تجزئة الاجتهاد ، فلا يشترط في المجتهد عندهم أن يكون عالما بجميع احكام المسائل ، بل يجوز للفقيه أن يتفرغ لبعض البحوث الفقهيه حتى يحيط بها علما ، ويصبح من أهل الاجتهاد فيها • وممن صرحوا بقبول الاجتهاد التجزؤ ــ الغزالى وابن قيم الجوزية ، وبناء على ذلك يجوز أن يكون الرجل مجتهدا فى نوع من العلم مقلدا في غيره ، او مجتهدا فى باب من أبوابه كمن بذل وسعه في باب الجهاد أو الحج او فى العلم بالمواريث والفرائض ، فعرف أدلتها ، وطرق استنباطها من الكتاب والسنة دون غيرها من المباحث الفقهية ، وقد يؤيد ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام ــ انه شهد لزيد بن ثابت بأنه أعلم الصحابة بالفرائض ، ولمعاذ بن جبل بأنه أعلمهم بالحلال والحرام ، وكذا ما جاء فى خطبة لأبى بكر رضى الله عنه قال « أيها الناس من أراد أن يسأل عن الفرائض فليأت زيد بن ثابت ، ومن أراد أن يسأل عن الفقه فليأت معاذ بن جبل ، ومن أراد أن يسأل عن المال فليأتنى ، فان الله جعلنى له قاسما وخازنا » •

وحكم المجتهد فى بعض الأنواع دون بعض أنه لا يجوز له أن يفتى فيما لم يجتهد فيه • أما فتواه فى النوع الذى اجتهد فيه ــ ففيها ثلاثة آراء :

احدها : ــ المنع ــ ووجهه أن أبواب الشرع وأحكامه يرتبط بعضها ببعض ، فالجهل ببعضها مظنة للتقصير فى الباب او النوع الذى عرفه •

ثانيها : ــ الجواز في الفرائض دون غيرها • وحجته أن أحكام المواريث ومعرفة الفروض ومستحقيها ، وقسمة المواريث تكاد تكون مستقلة ومنقطعة عن سائر بحوث الفقه الأخرى من البيوع والاجارات والرهون وغيرها ــ كما أن غالب أحكام المواريث قطعية ، قد نص عليها فى الكتاب والسنة •

الرأى الثالث : الجواز ، وهو أصح الآراء الثلاثة ـ قال ابن القيم : بل هو الصواب المقطوع به ، ووجهه أنه قد عرف الحق بدليله ، وبذل جهده في معرفة الصواب ، فحكمه في ذلك حكم المجتهد المطلق في الأبواب والأنواع كلها (١).

اذن الشارع ، وأمره بالاجتهاد :

اذا رجعت الى نصوص الشرع الاسلامى التي وردت في الاجتهاد ـ أيقنت أنها تأمر العلماء القادرين على الاجتهاد بالتدبر والاعتبار والاستنباط ـ قال الله تعالى : « فاعتبروا يا أولى الأبصار » وحديث معاذ في الاجتهاد معروف مشهور، وقد ذكرناه في المقدمة من قبل .

وفي كتاب عمر الى أبي موسى الأشعرى : « الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة . اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك » .

وقد ثبت أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يجتهدون في النوازل ، ويقيسون بعض الأحكام على بعض ، ويعتبرون النظير بنظيره ، ووقع منهم الاجتهاد فعلا برضاه صلى الله عليه وسلم : فمن ذلك أن الرسول ـ صلوات الله عليه ـ حكم سعد بن معاذ في بنى قريظة ، فحكم فيهم باجتهاده وقال : « انى أرى أن تقتل مقاتلتهم ، وتسبى ذراريهم ، وتغنم أموالهم » فقال النبى : « لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سماوات » .

ولما اختلفوا الى ابن مسعود شهرا في المفوضة ، وهى التي تزوجت ولم يسم لها مهر ، ثم مات عنها زوجها ولم يدخل بها ـ قال : أقول فيها برأيى ، فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله برىء منه . أرى لها مثل مهر نسائها ، لا وكس ولا شطط ، ولها الميراث ، وعليها العدة ، فقام ناس من أشجع ، فقالوا :

---

(١) فقه الاسلام ، والجزء الرابع من أعلام الموقعين ص ١٨٨ ـ الطبعة المنيرية .

نشهد أن رسول الله قضى في امرأة منا مثل ما قضيت به ، فما فرح ابن مسعود بشيء بعد الاسلام فرحه بذلك ، لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠

واجتهد الصحابيان اللذان خرجا في سفر ، فحضرت الصلاة ، وليس معهما ماء ــ فصليا ، ثم وجدا الماء في الوقت ، فأعاد أحدهما ، ولم يعد الآخر ــ فصوبهما ، وقال للذى لم يعد : أصبت السنة وأجزأتك صلاتك ، وقال للآخر : لك الأجر مرتين(١) ٠ كذلك روى عنه ــ عليه الصلاة والسلام ــ أنه أمر عمرو بن العاص ، وعقبة بن عامر الجهنى أن يحكما بين خصمين ، وقال لهما : « ان أصبتما فلكما عشر حسنات ، وان أخطأتما فلكما حسنة واحدة » ٠

ولئن خالف بعض العلماء فمنعوا اجتهاد الصحابة في حياة الرسول ــ لقد اتفق علماء الأصول على التعبد به بعد عصره ــ صلى الله عليه وسلم ــ ومطالبة العلماء اذا توافرت فيهم الأهلية بالاجتهاد ، سواء أكانوا من الصحابة أم من العلماء الذين جاءوا بعدهم ٠ لأنه أصبح بعد انقطاع الوحى عماد الفقيه في استنباط الأحكام (٢) ٠ وهذا ما حدث فان العلماء بعد الصحابة اقتفوا أثرهم وساروا على سنتهم الرشيدة في الاجتهاد : فتعدد العلماء المجتهدون ٠ وكثر سوادهم في جميع البلاد الاسلامية : في البصرة ، والكوفة ، وبخارى وسمرقند وبغداد ، ومكة والمدينة والشام ومصر والأندلس ، وحفلت الكتب الفقهية بالمذاهب التشريعية الاسلامية ، وتجاوبت أصداء البلاد والأقطار بأسماء المجتهدين من أمثال الحسن البصرى ، وسعيد بن المسيب ، وأبى ثور ، ومجاهد ، وقتادة وسفيان الثورى ، وطاوس ، وابن سيرين ، والشعبى ، والأوزاعي وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبى

---

(١) الجزء الاول من اعلام الموقعين ص ١٧٦ ، ص ١٧٧ ٠

(٢) فقه الاسلام ٠

حنيفة ومالك والشافعي ، والليث بن سعد ، وأحمد بن حنبل وابن جرير الطبرى ، وداود الظاهرى ، وابن حزم ــ فخلفوا لنا ثروة تشريعية جديرة بالفخر ، وتراثا فقهيا قمينا بالاعجاب . ولو أننا تابعنا عملهم ، وتعاهدنا غراسهم ، وسرنا فى الطريق الذى ساروا فيه ولم نغلق باب الاجتهاد ــ فوضعنا لبنة أو لبنات فى صرح الشريعة الشامخ ، وعرضناها عرضا حسنا على الطالبين وسهلنا مراجعها على الراغبين لكشفنا عن قوتها وثرائها وجمالها ، ولحملنا المعجبين بالقوانين الغربية على أن يولوا وجوههم شطرها ويقدروها حق قدرها .

حكم الاجتهاد :

الاجتهاد فى كل عصر فرض من فروض الكفاية ــ حتى ذهب كثير من العلماء والمحققين الى أنه لا يجوز ــ شرعا ــ خلو الزمان عن مجتهد قائم بحجج الله ، يبين للناس حكم ما يعرض لهم من حوادث ووقائع ، ولابد أن يكون فى كل قطر من تقوم به الكفاية (١) .

وان أردت نوعا من التفصيل فالاجتهاد فى حق العلماء له ثلاث حالات :

الأولى : يكون فيها فرض عين ، وذلك اذا سئل المجتهد وحده عن حادثة وقعت ، وخاف فوتها ، فانه يتعين عليه ، النظر للحكم فيها ــ كذلك اذا نزلت بالعالم نفسه حادثة فانه يجب عليه أن يستنبط حكمها بنفسه ، ولا يجوز أن يقلد غيره فيها اذا كان فى الوقت سعة لا يخاف معها فوت الحادثة ــ لأن الله تعالى أمر أولى الأبصار بالتدبر والاعتبار والتأمل والاستنباط فقال : « فاعتبروا يا أولى الأبصار » . وقال : « فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول » ، وليس هذا خطابا للعوام ، فيكون الخطاب للعلماء القادرين على الاجتهاد ، ويكون المقلد منهم مرتكبا محرما لتركه ما أمر به

(١) راجع ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢٢٢ طبعة صبيح .

من التدبر والاعتبار ، ويعضد هـذا فعل الصحابة ، فانهـم اجتهدوا واختلفوا فى مسائل كثيرة ، وحكم كل باجتهاده ، ولم يقلد غيره ، ولأنه اذا قلد فانما يقلد من لم تثبت عصمته من الخطأ ، وذلك انما يجـوز للعـامى لعجـزه عن النظـر فلا يقاس عليه المجتهد مع قدرته ، بل يجب أن يطلب الحق بنفسه ·

الثانية : يكون فيها الاجتهاد فرض كفـاية ، وذلك اذا عرضت الحادثة على مجتهد ولم يتعين للافتاء فيها بأن وجـد معه غيره : فاذا أفتى هو أو غيره سقط الفرض ، وان امتنعوا جميعا أثموا ·

الثالثة : يكون فيها مندوبا ، وذلك فى حادثة لم تحصل سواء أسئل فيها المجتهد ام لم يسأل ·

وبناء على أن الاجتهاد فرض عين في حال ، وفرض كفاية فى حال أخرى ولاقتضاء صالح الجماعة والأمة الا يخلو أى عصر عن مجتهدين ــ قال كثير من العلماء ، ومنهم الحنابلة : لا يجوز خلو العصر عن المجتهدين ·

قال ابن دقيق العيد :

« الأرض لا تخلو من قائم لله بالحجة ، والأمة الشريفـة لابد لها من سالك الى الحق عـلى واضـح المحجة الى أن يأتى أمر الله » ·

فمن قالوا بجواز خلو العصر عن المجتهدين لا ينهض لهم دليل ، ولا تقوم لهم حجة · وما قالوه من تيسر العلم عـلى السابقين ، وصعوبته عـلى المتأخرين ــ لا يـؤيده معقـول ولا منقول · وقد دفع العـلامة الشـوكانى شبهتهم هـذه ، فقال :

« لا يخفى على من له أدنى فهم أن الاجتهاد قد يسره الله للمتأخرين تيسيرا لم يكن للسابقين : لأن التفاسير للكتـاب

العزيز قد دونت ، وصارت في الكثرة الى حد لا يمكن حصره، والسنة المطهرة قد دونت ، وتكلمت الأمة على التعديل والتجريح والتصحيح والترجيح بما هو زيادة على ما يحتاج اليه المجتهد • وقد كان الواحد من السلف الصالح يرحل للحديث الواحد من قطر الى قطر ، فالاجتهاد على المتأخرين أيسر وأسهل من الاجتهاد على المتقدمين ، ولا يخالف هذا من له فهم صحيح ، وعقل سوى » •

حكم التقليد ـ ذم العلماء التقليد

التقليد : قبول قول بلا حجة : بأن تأخذ بمذهب غيرك من غير ان تعرف دليله • والمراد من التقليد هنا : التقليد في الفروع ، وهي المسائل الفقهية •

وقد نص علماء الأصول على أن من له أهلية الاجتهاد لا يجوز له أن يقلد غيره متى كان في الوقت متسع فلا يخاف فوت الحادثة ، بل يجب عليه النظر والاجتهاد ـ كما نصوا على أن العامي ، ومن ليس له أهلية الاجتهاد يجب عليه استفتاء المجتهدين فيما ينزل به من الحوادث ، واتباع آرائهم •

ترى من هذا أن الأصوليين لا يجيزون التقليد الا عند العجز أو الضرورة وفي ذلك حرص العلماء على بقاء باب الاجتهاد مفتوحا ـ كما كان في عهد صاحب الشريعة ـ صلى الله عليه وسلم ـ وصحابته • ومن اقتفى أثرهم من الأئمة الأعلام • وحالتنا ـ في هذا العصر ـ لا توصف بعجز ولا ضرورة لوجود علماء اختصاصيين في العلوم الشرعية ، وما تحتاج اليه من علوم أخرى ، ولتوافر وسائل الثقافة ، وتعدد مناهل العلم ، وسهولتها على الوارد في العصر الحديث ولأن العلوم التي يحتاج اليها المجتهد قد دونت ، وتيسر

السبيل الى الرجوع اليها ، والافادة منهـا ـ كمـا قال بحق العلامة الشوكانى فى كلمته التى سبق ذكرها .

وحسبك فى استهجان التقليد أن الفتوى به محل خلاف بين العلماء وأن لأصحاب أحمد فيها ثلاثة أقوال : (١)

أحدها : أنه لا يجوز الفتوى بالتقليد لأنه ليس بعلم ، والفتوى بغير علم حرام . وذلك قول جمهور الشافعية .

الثانى : أن ذلك يجوز فيما يتعلق بنفسه : فيجوز له ان يقلد غيره من العلماء اذا كانت الفتوى لنفسه ، ولا يجوز أن يقلد العالم فيما يفتى به غيره .

الثالث : أنه يجوز ذلك عند الحـاجة ، وعـدم وجود العالم المجتهد .

وقال القرافى : مذهب مالك وجمهور العلمـاء وجـوب الاجتهاد ، وابطال التقليد ، وقال الشـوكانى : المنـع من التقليد ـ ان لم يكن اجماعا ـ فهو مذهب الجمهور .

وقد ذم الله تعالى المقلدين فى كتابه الكريم فقال : « أم آتيناهم كتابا من قبله ، فهم به مستمسـكون ، بل قالوا انا وجدنا آباءنا على أمة ، وانا عـلى آثارهم مهتدون » . وورد عن الأئمة والعلماء الذين خلعوا ربقة التقليد ـ ذم التقليد والنعى على المقلدين ، حتى الأئمة الأربعة نهوا عن تقليدهم ، وذموا من أخذ أقوالهم بغير حجة :

فكان أبو حنيفة اذا أفتى ـ يقـول : « هـذا رأى أبى حنيفة ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاءنا بأحسن منـه فهو أولى بالصواب » ، ونقل عن مالك قوله : أنا بشر أخطىء وأصيب ، فانظروا فى رأيى ، فما وافق الكتـاب والسـنة فخذوا به ، وما لم يوافق فاتركوه » ، وقال : « ما من أحـد

---

(١) الجزء الأول من اعلام الموقعين صفحة ٣٧ .

الا مأخوذ من كلامه ومردود عليه الا صاحب هذه الروضة » يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقال الشافعي لتلميذه الربيع : يا أبا أسحق: لا تقلدني في كل ما أقول ، وانظر في ذلك لنفسك فانه دين » ، وقال : « مثل الذى يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل ، يحمل حزمة من حطب ، وفيه أفعي تلدغه ، وهو لا يدرى » وقال المزنى فى أول مختصره : « اختصرت هذا من علم الشافعي ومن معنى قوله لأقربه على من أراده ، مع اعلامه نهيه عن تقليده ، وتقليد غيره ، لينظر فيه لدينه ، ويحتاط فيه لنفسه » .

وقال أحمد بن حنبل : « انظروا فى أمر دينكم فان التقليد لغير المعصوم مذموم ، وفيه عمى للبصيرة » ، وقال لأبى داود : « لا تقلدني ولا تقلد مالكا ولا الثورى ولا الأوزاعي ، وخذ من حيث أخذوا » ، وقال « من قلة فقه الرجل أن يقلد فى دينه الرجال»(١) ويصف الشيخ عز الدين ابن عبد السلام المقلدين من الفقهاء ، وينعى عليهم موقفهم فيقول : « ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف ما أخذ امامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعا ، وهو مع ذلك يقلده فيه ، ويترك من شهد له الكتاب والسنة ، يتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة ــ نضالا عن مقلده » ثم يقول : « لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقيد بمذهب ، ولا انكار على أحد من السائلين الى أن ظهرت هذه المذاهب ومتعصبوها من المقلدين ، فان أحدهم يتبع امامه ، مع بعد مذهبه عن الأدلة ــ مقلدا له فيما قال كأنه نبى مرسل ، وهذا نأى عن الحق ، وبعد عن الصواب ، لا يرضى به أحد من ذوى الألباب » .

ويقول ابن القيم نقلا عن بعض علماء السلف « أجمع

---

(١) الجزء الثانى من اعلام الموقعين ص ١٣٩ ، ١٤٠ من الطبعة المنيرية .

الناس على أن المقلد ليس معدودا من أهل العلم ، وأن العلم معرفة الحق بدليله » ٠

ويقـول الامام أبو شـامة : ينبغى لمن اشـتغل بالفقه الا يقتصر عـلى مذهب امام ، ويعتقد فى كل مسـالة صـحة ما كان أقرب الى دلالة الكتاب والسنة المحكمة ٠٠ الخ ٠

وبذلك استبان حـكم التقليـد والمقلدين ، وعلـم ان الاجتهاد من مطالب الشريعـة ، ومقاصـدها ، وأنه واجب لا تبرأ ذمة العلماء منه الا بأدائه ، وماساء الفقه الاسـلامى شىء مثل اجافة باب الاجتهاد ، فانها حالت بينه ، وبين احيائه وتجديده ، ومسايرته لكل تطور ، ووفائه بحاجات الأمم على مر العصور والأزمان ، فعلينا أن نزيل العقـاب والعـوائق ليعود لنا وجه الشريعة ــ كما كان ــ مشرقا ناصع البياض ٠ والله المستعان ٠

٦ ــ أصول القوانين ، ومصادرها في العصر الحديث

تستمد الدول في العصر الحديث تشريعها ــ كما يرى علماء القانون الوضعي ــ من أحد نظامين يتقاسمان الأسرة الدولية ، وهذان النظامان هما :

١ ــ القانون المنحدر عن القانون الرومانى ٠

٢ ــ والقانون الانجليزى الأصلى ٠

فالنوع الأول يعتبر فى مبادئه وأصوله مرجعا مشتركا بين أكثر البلاد الأوروبية ، وأمريكا الجنوبية والوسـطى ، وكثير من البـلاد الأخـرى ، كمصر فى تشريعهـا الجنـائى والمدنى ٠

والنوع الثاني : وهـو المسـتمد من أحـكام المحـاكم الانجليزية القديمة ــ يصل بين انجلترا ، والولايات المتحدة ، واستراليا وكندا ــ ما عدا ولاية منها ، ونيوزيلاندة ٠

ويرى الأستاذ لامبير (١) الفرنسي انه من واجب العلم الحديث أن يعمل على التقريب بين النظامين القانونيين لتستنبط قواعد مشتركة بينهما، تكون أساسا للقانون العالمي الذي يدعو اليه بعض أعلام القانون في العصر الحاضر ٠

وكان من الواجب — في رأينا — ان يوضع في صدور النظامين السابقين نظام ثالث — هو الشريعه الاسلامية التي اقر كثير من المنصفين بأنها تحتوي على أسمى المبادىء التشريعية ، وتتضمن أرقى الأصول والقواعد ، وأعدل الأحكام الفقهية — حتى ان العلامة — لامبير — نقل عنه أحد تلاميذه : انه المشرع العالمي الذي يقدر ما للشريعة الاسلامية من قيمة وأثر وأنه استطاع بعدالتوغل في دراستها والاتصال باعلامها ، أن يقتنع بأنها شريعة مستقلة بذاتها بعد أن كان يظن أن للقانون الروماني أثرا كبيرا فيها ، كما استطاع أن يضعها في الميزان الصحيح من حيث الدقة والتطبيق في عصرنا الحديث (٢) ٠

وقد دعا هذا المشرع الفرنسي عند زيارته مصر في سنة ١٩٣٧ الى انشاء معهد للقانون المقارن بالجامعة المصرية ، يكون من أهم مقاصده تنشيط دراسة الشريعة الاسلامية باعتبارها أصلا من أصول القانون العام المقارن ، وابراز مايمكن أن يكون للشريعةالاسلامية — اذا درست دراسة علمية صحيحة — من نصيب في تقدم الحضارة في العالم — يضاف الى هذا المقصد ما يرجى من انشاء هذا المعهد من تنمية القواعد والمبادىء القانونية المشتركة بين الدول ، ومن التقريب بين الفقه الاسلامي ، وسائر الفقه في العالم ، ومن تكوين علماء ينقطعون للبحث العلمي ، والانتاج الفقهي المثمر ٠ وهذه المقاصد هي التي يدعو الى تحقيقها كل معهد

---

(١) أستاذ القانون المقارن بليون ٠

(٢) فقه الاسلام ص ٣٩٣ ، ص ٣٩٤ من الطبعة الاولى ٠

مصرى أو اسلامى، أو شرقى يعنى بدراسة الشريعة الاسلامية وبسائر القوانين ·

٧ ــ التشريع الاسلامى . والقانون المقارن

يمتاز الفقه الحديث ــ بنوعين من البحث العلمى ، وهما الدراسة التاريخية والبحث المقارن (١) ·

أولا : الدراسة التاريخية : يراد بها تتبع النظم القانونية فى مراحلها التاريخية لأمة ما . ومعرفه احوال نشوئها وتطورها ، ودراسة ما يماثل ذلك من نظم الامم الأخرى ·

ثانيا : البحث المقارن : وكما ان البحث التاريخى يدلنا على مدى التماثل فى تطور الشرائع خلال عصورها المختلفة ــ كذلك الدراسة المقارنة تبين لنا مبلغ التشابه فى قواعد النظم القانونية بين شرائع الأمم المختلفة فى عصر من العصور ، فاذا تناولت الدراسة المقارنة قوانين العصر الحديث كانت وسيلة للوقوف على مواطن التماثل . ومواضع الخلاف بين شرائع الأمم الحاضرة ، وعلى أسباب ونواحى النقص فى شريعة أية أمة من هذه الأمم . ولا شك أن البحث التاريخى والبحث المقارن يفيدان فى التوفيق بين قوانين الأمم الحديثة . ويوحيان بسد النقص فى الشرائع غير الكاملة ·

ومن أجل هذا عنى رجال القانون من أهل الغرب بالقانون المقارن ، حتى عقدوا له المؤتمرات العلمية القانونية ، وتوسعوا فى دراسته ، ونظموا بحوثه وأنشئوا له المعاهد الخاصة ، ومن أشهرها معهد القانون المقارن بليون ·

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد ص ٧٣١ وما بعدها من السنة الاولى ·

ويراد بالقانون المقارن ـ كما قال الأستاذ لامبير فى احدى محاضراته ـ نوعان من البحث :

الأول : تاريخ القانون المقارن ٠

الثانى : الدراسة المقارنة للقانون الحديث ٠

ونحن نقول : ان من ينظر الى بحوث الشريعةالاسلامية ، وتاريخ التشريع فيها ، والى كتبها التى عرضت لاراء الائمه المجتهدين وأدلتهم ، وردود بعضهم على بعض ، والموازنة بين المذاهب ، وترجيح بعضها على بعض ـ لا يسعه الا ان يحتم بأن فقهاء المسلمين ، ومشرعيهم قد بدءوا بالسير فى هذا الطريق قبل غيرهم ، وسبقوا في ذلك المشرعين وعلماء القانون فى الأمم الأخرى ، وأنهم اهتدوا الى نوع من البحوث التى تدخل فى موضوع القانون المقارن بالمعنى الحديث ، وأن بعض بحوثه كانت مما تناولوه ، وان لم يعرفوه بهذا الاسم الحديث ، والاصطلاح القانونى الجديد ـ على أن ذلك كان فى صورة متواضعة غير شاملة ، ويمكن أن يقال ان تاريخ التشريع الاسلامى يشبه ـ فى صورة ما ـ النوع الأول من القانون المقارن ، وبسط آراء الأئمة المجتهدين وأدلتهم ، والموازنة بينها مع الترجيح يماثل النوع الثانى منه ٠

وحينئذ فلنا أن نقول ـ بحق ـ ان فقهاء الاسلام قد هداهم البحث الى بعض ما يراد بالقانون المقارن ، فتوفروا عليه ـ فى وقت لم تكن فيه أوروبا تعرف نفسها ، ولم تكن قد استيقظت من سباتها ٠

وقد أخذت بعض المعاهد العلمية والقانونية فى مصر وغيرها ـ فى السنين الأخيرة ـ تدخل فى مناهج دراستها هاتين المادتين : تاريخ الفقه الاسلامى ، والمقارنة بين المذاهب ، ونأمل أن تعظم العناية بهما مادة وطريقة حتى ينضج التفكير ، وتتكون الملكات الفقهية ، ويوجد من العلماء

من ينقطع للانتاج والبحث العلمي ـ كما نأمل ان تتطـور الدراسة فى الأزهر ، وفى كليـات الحقـوق ـ بالجـامعات المصرية ـ على مر الزمن ـ الى المقارنة التفصيلية الدقيقة ، والموازنة الشاملة بين أحكام الشريعة والفقه الاسلامى ، وبين سائر القـوانين والشرائع الأخـرى ، وبخاصـة فى العصر الحديث .

٨ ـ الفقه المقارن

١ ـ **تعريفه ومعناه : الفقه المقارن :** نـوع خاص من دراسة الفقه . ويراد به العلم بالأحكام الشرعية في مختلف الأنواع ، والابواب من حيث معرفة اراء الائمـة والفقهـاء والعلماء ، ومذاهبهم المتفقة أو المختلفة فيها ، وبيان أدلتهم وقواعدهم الأصولية ووجهات نظرهم التي كانت منشأ هـذا الاختـلاف ـ مع سبر هـذه الأدلة وموازنة بعضها ببعض ، واختيار اقربها الى الحق ، وأولاها بالقبول .

موضوع الفقه المقارن :

٢ ـ **موضوع الفقه المقارن :** اذا كان موضوع كل علم ـ كما يقول العلماء ـ ما يبحث فيه عن عوارضـه واحواله الذاتية ـ يكون موضـوع هـذا العلم : المسـائل الفقهيـة والقانونية من حيث معرفة أحـكامها عـلى حسب المـذاهب المختلفة ، وآراء الأئمة والفقهاء فيهـا ، وعـرض أدلتهـم ومناقشتها ، وموازنة بعضها ببعض .

٣ ـ **مباحثه :** من تعريف العلم وموضوعه يمكن اجمال مباحثه فيما يأتى :

(أ) الأحكام الفقهية والقانونية الفرعية والعملية المتفق عليها والمختلف فيها بين الأئمة والمشرعين مع بيان مسالكهم ومأخذهم والمنابع التى استقوا منها تلك الأحكام .

(ب) دراسة أدلتهم وأسانيدهم ، ومقابلة بعضها ببعض الموقوف على ما فيها من قوة أو ضعف ، وللتقريب بين المذاهب والآراء المختلفة ، وللاضطلاع بواجب التخريج والترجيح .

(جـ) دراسة آيات الأحكام وأحاديثها لمعرفة طريقة استنباط الأئمة والعلماء الأحكام منها ، وكيف اختلفوا فيها ؟ ولماذا ؟ .

(د) دراسة القواعد والمبادىء القانونية فى الفقه الاسلامى وغيره من القوانين الوضعية ، سواء فى ذلك ما اتفقا عليه وما اختلفا فيه .

(هـ) الموازنة والمقابلة بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية ـ كالذى جاء منها فى القانون المصرى المدنى والجنائى ، وقانون المرافعات ، وكالقانون الفرنسى او السويسرى أو الانجليزى ، وغير ذلك .

ولا شك أن هذه المباحث ـ مجتمعة ـ مما يتعذر الوفاء به من حيث نقص العدة ، وضيق الزمن ، فلنقتصر على ما يستطاع ، والزمن والتطور والمثابرة ـ كل أولئك كفيل بتحقيق الأمل المرجو فى خدمة العلم والشريعة والقانون .

وليس من العسير عليك بعد معرفة مباحث هذا العلم أن تدرك أن الفقه الشرعى المقارن مستمد من الكتاب والسنة ، ومن الفقه الاسلامى : أصوله ، وفروعه .

٤ ـ فائدة الفقه المقارن وثمراته :

من تعريف الفقه المقارن ، وبيان مباحثه ـ تتضح ثمراته وفوائده الآتية :

أولا : بالفقه المقارن يعرف مدى ما بين المذاهب والآراء من اتفاق واختلاف كما يعرف منشأ اختلاف الأئمة والعلماء .

ثانيا : الوقوف على مسالك الأئمة فى الاستنباط والاجتهاد .

ثالثا : كما أن المقارنة طريق الى معرفة ما تطمئن اليه النفس من الأحكام ·

رابعا : بها يستطاع التخريج داخل كل مذهب والترجيح بين الآراء والمذاهب المختلفه ، واختيار اقواها دليلا ، واكثرها صلاحا ونفعا للأفراد والمجتمع · ومتى اقترن العلم بالعمل كان فى ذلك سعادة الفرد ، وتقدم الامم ونهوضها · ولا شك أن التخريج ، والترجيح نوعان من الاجتهاد ·

وقد جعلت الحكومات الاسلامية فى السنين الاخيرة وفى صدرها الحكومة المصرية ــ تفكر فى الاستفادة من سماحه الشريعة الاسلامية وسعة الفقه الاسلامى فجعلت من اختلاف الأئمة والفقهاء رحمة وتوسعة على العباد ، فعدلت وغيرت فى قانون الاحوال الشخصية من غير تقيد بمذهب من المذاهب الاربعة بعد أن كان هذا القانون مقيدا بمذهب الامام أبى حنيفة · ومن أمثلة التغيير والتعديل ما تراه الان فى بعض احكام الطلاق والنسب والمفقود ، وما تراه أيضا فى قوانين الوقف والوصية والميراث المعمول بها الآن ، وما ذلك الا ثمرة من ثمرات الفقه المقارن ·

خامسا : تنمية القواعد والمبادىء القانونية المشتركة بين الفقه الاسلامى وغيره من القوانين ·

سادسا : التقريب بين المذاهب : بعضها وبعض ، وبينها وبين القوانين المختلفة فان لم يتيسر ــ رجح الأقرب الى الحق ·

سابعا : تنشيط دراسة الشريعة الاسلامية ــ باعتبارها مصدرا للقانون العام المقارن ، وابراز ما يمكن ان يكون للشريعة الاسلامية ــ اذا درست دراسة علمية صحيحة ــ من نصيب فى تقدم الحضارة ·

ثامنا : المقارنة تعين على تكوين ملكة الفقه والاستنباط ، ومن ثم فهى نواة غراس جميل لتكوين طائفة ممتازة من

علماء الشرع والقانون — يرجى لها على مدى الأيام — أن تنمو ويطرد نموها حتى تثمر لنا رجالا مجتهدين يحيون عهد أئمة الاجتهاد الذين خلفوا لنا هذا التراث العظيم الذى نسميه الفقه الاسلامى أو الشريعة الاسلامية ، وبهذه الطائفه الممتازة نستطيع — باجتهادها الشرعى أن نخرج ونرجح ونجتهد ، وبذلك نثبت صلاحية الشريعة لكل عصر وامه ، ووفاءها بحاجات الأمم ، ومسايرتها لكل تقدم ونهوض ، كما نسهم — بذلك — فى تقدم الشرائع والقوانين ونهوضها فى العالم كله — غير أنه مما يجب أن يلحظ فيذكر أن الفقه المقارن لا يثمر ثمراته الطيبة التي أسلفنا ذكرها الا اذا تجرد الدارس والباحث من نوازع الهوى والتعصب المذهبى والاقليمى ، وكان رائده الوصول الى الحق والانتفاع به فحسب ٠ وفقنا الله سبحانه لما يحبه ويرضاه وجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم ٠

وقد يقول قائل : ما فائدة الفقه المقارن ، وما ثمرة هذا النوع من دراسة الفقه ؟ وقد قرر بعض العلماء أنه لا يجوز تقليد غير الأئمة الأربعة لأنهم هم الذين عرفت لنا مذاهبهم ونقلت الينا نقلا يوجب الطمأنينة والثقة ، كما قرروا أن من قلد مذهبا معينا — ليس له أن ينتقل الى غيره ، أو يقلد غيره في بعض الوقائع الا بشروط ، وقالوا : ليس للمتأخر أن يبحث أو يرجح ، وانما عليه أن يتبع ٠

ولكن هذه الأقوال مردودة لأنها مبنية على مقالات وضعها المتأخرون حينما فترت الهمم واستحكمت روح التقليد ، وتملكتهم العصبية المذهبية ، وضعف استعدادهم عن الترجيح والاختيار أو الاستنباط والاجتهاد ، وليس لما قالوه سند من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ٠ وقد ورد عن الأئمة الأربعة ، وغيرهم من العلماء ذم التقليد والنهى عنه لمن كان قادرا على الاجتهاد ، أما الذى يتعذر عليه أن ينال الأحكام من أدلتها فان عليه أن يسأل أهل الذكر وليس عليه أن يلتزم مذهبا معينا — قال شارح مسلم الثبوت

في أصول الفقه ما خلاصته : ان اختلاف العلماء رحمة بالنص وترفيه في حق الخلق ، فلو ألزم المكلف العمل بمذهب معين كان هذا نقمة وشدة ، وأما اشتراطهم في جواز تقليد غير المذهب عدم تتبع الرخص فقد قال الكمال فيه : لا يمنع من تتبع رخص المذاهب مانع شرعي اذ للانسان أن يسلك الأخف عليه اذ كان له اليه سبيل .. الخ .

كذلك ما سبق بيانه في كلمتنا عن الاجتهاد والتقليد ـ يدحض هذا القول .

٥ ـ المراجع العلمية التي تعين على دراسة أسس المدرس :

ليس من قصدنا ان نحصر هذه المراجع او نتقصاها ، انما نذكر ـ على سبيل المثال ـ بعضها فمنها الكتب المطولة في كل مذهب من المذاهب الأربعة : ككتاب فتح القدير على الهداية في فقه الحنفية ، وكتاب المغني في فقه الحنابلة ، وكتاب المجموع شرح المهذب للامام ابي زكريا محيي الدين ابن شرف النووي في فقه الشافعية ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير في فقه المالكية ، ومنها الكتب المطولة في شرح الأحاديث : مثل كتاب فتح الباري بشرح صحيح البخاري عند تعرضه لأحاديث الأحكام ، وشرح النووي على صحيح مسلم ، ومثل كتاب نيل الأوطار للشوكاني وهو من خير الكتب المختصة بشرح أحاديث الأحكام موزعة على جميع أبواب الفقه المعروفة ، وكتاب سبل السلام .

ومن خير الكتب وأيسرها في هذا الباب : كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، وكتب ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية : مثل زاد المعاد واعلام الموقعين والطرق الحكمية لابن القيم وفتاوى ابن تيمية والسياسة الشرعية لابن تيمية ، والقياس في الشرع الاسلامي .

ومن هذه الكتب أيضا : كتاب أحكام القرآن لابن عربي المالكي ، وكتاب أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الحنفي المعروف بالجصاص ، وكتاب الجامع لأحكام القرآن للقرطبي .

مراجع البحوث السابقة

١ ـ فقه الاسلام ـ للمؤلف ٠

٢ ـ الانصاف فى التنبيه على الأسباب التى أوجبت الاختلاف ـ للبطليموسى ٠

٣ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٠

٤ ـ اعلام الموقعين لابن القيم ٠

٥ ـ فتح القدير على الهداية ـ للكمال بن الهمام ٠

٦ ـ رد المحتار ـ لابن عابدين ٠

٧ ـ مقارنة المذاهب فى الفقه ـ للعالمين الأستاذين محمود شلتوت ، ومحمد على السايس ٠

٨ ـ تاريخ التشريع للحضرى ٠

٩ ـ الفروق للقرافى ٠

١٠ـ مقدمة الطبعة الثانية من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (قسم العبادات) ٠

الفقه المقارن

ـ موضوعات البحث ـ

كلمة « الفقه المقارن » تشمل دراسة الأحكام الشرعية دراسة مقارنة ، ومعرفة مآخذها ، والمسالك المؤدية اليها ، وفى صدرها دراسة آيات الأحكام وأحاديثها ـ اذ هى الأصل الأول ، والمنبع الأساسى لاستنباط الأحكام الشرعية ٠

غير أن هذه الدراسة بمعناها الرغيب(١) العام ـ الذى يشمل جميع أبواب الفقه ، ومباحثه غير ميسورة جملة واحدة ـ لآن المنهج محدود ، وزمن الدراسة موقوت معلوم ، والعوائق جمة ، والعلم بحر خضم لا ساحل له ٠

ولهذا اخترنا بعض البحوث الفقهية للدراسة المقارنة ، وهى أهم مباحث الوصية ، وأشهر المواطن الخلافية فيها ، وأضفنا اليها ما تيسر من بحوث فقهية أخرى فى باب التركات والمواريث ـ وغيرها ـ مما يتفق مع وقتنا وجهدنا وقد نضم الى ذلك بعض ما نختاره مما ورد فى الكتب التى عرضت لذكر اختلاف علماء الفقه وأئمته ٠

ومما يعين على جعل الدراسة المقارنة مثمرة : ادمان النظر فى الكتب التى عنيت بعرض آراء الأئمة والعلماء والفقهاء فى الأحكام الشرعية ، مع بيان أدلتهم وأسانيدهم النقلية والعقلية ، وفى صدرها الكتب التى أسلفنا ذكرها فى المراجع العلمية ٠

وانا لنرجو الله سبحانه ـ أن يوفقنا فى المستقبل لمباحث فقهية أخرى ـ للدراسة المقارنة ، حتى يتكون لها جملة

(١) الرغيب : الواسع ٠

صالحة من الفقه الاسلامي ـ تكون نواة لنمو الفقه المقارن وتطوره ، وسببا لمضاعفه العناية به ٠

الوصـــية

اذا تقصيت أسباب الملكية ـ شرعا ـ وجدتهـا تنحصر فى أربعة أسباب :

الأول : وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له : كاحياء الارض الموات والصيد وحيـازه كل مال لا مالك له شرعا وقت حيازته كالكلأ والأشجار فى الغابات ٠

الثانى : العقود الناقلة للملك : وهى التى يتحول بهـا الملك من حيز الى حيز اختيارا فيحل بها مالك جـديد محـل مالك قديم فيما كان مملوكا للأول ٠ وبعض هـذه العقـود لا تنتقل به الملكية الا بعد وفاة المالك الاول ، وهـو عقـد الوصية التى تعتبر الملكية بها شبيهة بملكية الميراث فى انها خلافة عن المالك بعد وفاته ـ غير أنها تخالف ملكية الميراث فى أن الخلافة فيها تثبت بارادة الشخص (الموصى) ، وهذا لأن الوصية عقد ينشئه الموصى ، ويريد به تمليك جزء من ماله لشخص أو لجهة بعد وفاته مع مراعاة ما سنه الشرع فى ذلك من حدود ٠ وسائر العقـود الأخـرى ـ غير الوصية ـ تنتقل بها الملكية حال الحياة كالبيع والهبة ٠

الثالث : الشـفعة اذ بهـا يتحول الملك من المشترى الى الشفيع ، ويحل الثانى محل الأول بحكم الأولوية ـعلى ما هو مبين فى مبحث الشفعة ٠

الرابع : الميراث ، فبه ينتقل الملك من المورث الى الوارث بعد وفاة الاول جبرا عنه ، وذلك بطريق الخلافة التى تثبت بحكم الشرع ، فلا أثر لارادة المورث فى تلك الملكية ، ولذلك

كان الملك بالارث ــ اجباريا لا اختيار فيه ، كما أنه لا يسقط بالاسقاط ٠

وقد زيد فى القــوانين الوضعية التملك بمضى المــدة الطويلة بشروط بينتها تلك القوانين ، ولكن ذلك ليس سببا شرعيا للتملك مهما طال الزمن ــ بل كل ما يترتب على مضى المدة الطويلة منع سماع الدعوى من الخارج عــلى ذى اليــد بشروط اشترطها الفقهاء لذلك ــ بطريق الاجتهاد ــ اقفالا لباب التزوير والتحايل على أخذ أموال الناس بدون حق(١)٠

وبمناسبة البحث فى الوصية يمكن تقسيم العقــود من حيث الوقت الذى تفيد حكمها فيه قسمين (٢) ٠

الأول : ما يفيد حكمه حال الحياة كالاجارة والبيع ٠

والثانى : ما يفيده بعد وفاة أحد العاقدين (الموصى) ٠ وهذا هو عقد الوصية ٠

تعريفات الوصية

معنى الوصية فى اللغة : هى اسم مصدر بمعنى التوصية أو الايصاء ، ومنه قول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض فأصــابتكم مصيبة الموت٠٠ ــ الآية ، وقد تطلق على الشىء الموصى به ، كما فى قوله جل شأنه : « من بعد وصية توصــون بهــا أو دين » ، فلفظ الوصية يعم الوصية والايصاء ، فيطلق عــلى فعل الموصى وهو الايصاء ، كما يطلق على ما يوصى به من مال

---

(١) المعاملات الشرعية المالية للمرحوم الشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٧ ، ٥٢ طبعــة سنة ١٩٣٦ م ٠

(٢) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ محمد زيد الأبيانى « مبحث الوصية » ٠

أو غيره ـ قال صاحب المصباح : وصيت الى فلان توصية . واوصيت اليه ايصاء ، وأوصيت اليه بمال جعلته له ، وفى القاموس : أوصاه ووصاه توصية عهد اليه . والاسم الوصايه والوصية ، وبهذا ظهر أنه لا فرق فى اللغة بين المتعدى بنفسه أو باللام أو بالى في أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصيا ، وأن المتعدى بالى قد يستعمل بمعنى تمليك المال ، وأن كلا من الوصية والايصاء يأتى لهما ٠

فقول صاحب الدر المختار : يقال اوصى الى فلان أى جعله وصيا ، وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية انما هى تفرقة اصطلاحية فقهية ، قال بها بعض الفقهاء (١) ٠

والوصية « لغة » تشمل الوصية بالمال وغيره ٠ فيقال أوصيته بولده : استعطفته عليه ، وأوصيته بالصلاة : امرته بها ، وأصلها مأخوذ من قولك ، وصيت الشيء بالشيء اذا وصلته به كأن الموصى ـ لما أوصى بالمال ـ وصل ما بعد الموت بما قبله ٠

معنى الوصية في اصطلاح الفقهاء ، وفى القانون الجديد :

أولا : تعريفها فى المذهب الحنفى :

اختلف تعريفها باختلاف كتب المذهب : فقد عرفها الكاسانى بأنها اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد الموت ويرد عليه أن تعريفه غير جامع لأنه لا يشمل الوصية بالواجبات لأنه ما أوجبها على نفسه ، بل هى واجبة بايجاب الشرع ، وقد يندفع هذا الاعتراض اذا قلنا او المراد من قوله « ما أوجبه الموصى » عام بحيث يشمل ما أوجب أداءه بعد وفاته ، وعلى ذلك يدخل فى تعريفه الوصية بأداء واجبات عليه ٠

---

(١) الجزء الخامس من رد المحتار على الدر المختار . ونيل الأوطار ج ٦ وشرح الأحوال الشخصية للاستاذ زيد ٠

وعرفها الكرخي ـ من علماء الحنفية ـ بأنها ما أوجبه الموصى في ماله تطوعا بعد موته ، أو في مرضه الذى مات فيه • وقد يقال في هذا التعريف انه يجعل تبرعات المريض مرض الموت المنجزة من باب الوصايا عند انشائها ، وهذا ـ وان اتفق مع ظاهر القانون المدنى فى الفقرة الاولى (١) من المادة ٩١٦ ـ لا يتفق مع الوضع الفقهى من ان تبرعات المريض مرض الموت المنجزة تأخذ ـ فى انشائها ـ حكم الهبات والعطايا (٢) ، فتفتقر الى شروطها المشروطة لها فى الصحة ، وان كانت ـ فى المآل ـ تأخذ حكم الوصية فى اعتبار نفاذها من الثلث ، وفي توقفها على اجازة الورثة ان كانت لوارث ـ احتياطا لحقوق الورثة (٣) • وعلى الرغم من هذا الاعتراض فان تعريف الكرخي دقيق ، وهو قريب من تعريف القانون الذى سنذكره بعد • ولا شك أنه يقصد من ادخال تبرعات المريض فى الوصية ـ انها تأخذ حكم الوصية فى المال، وهو حكم مسلم به فى الفقه والقانون• وعرفها فى الدر المختار ، والكنز وشرحه : تبيين الحقائق : بأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة ، اذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع : فقولهم تمليك يشمل العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة وغيرهما ، وأخرجوا بقيد « مضاف الى ما بعد الموت » نحو الهبة فانها تمليك بطريق التبرع فى الحال ، كما أخرجوا بقيد التبرع التملك بعوض كالبيع والاجارة • ومن العلماء من أخرج بقيد التبرع الاقرار بالدين لأجنبى ، وليس ذلك بشىء لأن الاقرار اخبار واظهار لما فى ذمته من دين ، وليس تمليكا ، وحينئذ فلا حاجة لاخراجه لأنه لم يدخل فى

(١) نصها : « كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف » •

(٢) فالهبة اذا لم تستوف شروطها عند الانشاء تبطل ، ولا تأخذ حكم الوصية بعد الوفاة وذلك كما اذا مات الواهب فى مرض موته قبل أن يقبضها الموهوب له •

(٣) شرح قانون الوصية للاستاذ المحقق محمد أبو زهرة • وكتاب المغنى ص ٤٩٢ •

التعريف . ومن العلماء من قال ان قيد الاضافة الى ما بعد الموت يخرج ما عدا الوصية وحينئذ فلا حاجة الى قيد ــ بطريق التبرع ــ فى التعريف (١) .

وهذا التعريف أيضا قاصر ــ او بعبارة اخرى ــ لا يشمل جميع مسائل الوصية وانواعها التى جاء بها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ــ كما اذا كان الموصى به اسقاطا محضا كالوصية بابراء الكفيل من الكفالة ، وكالوصية بتأجيل الدين الحال ، او بان تباع عين معينة من تركته لفلان بثمن معلوم ، او بقسمة تركته بين ورثته على وجه المصلحة التى يراها . ويلحق بالوصية مآلا تبرعات المريض مرض الموت ، سواء أكانت تبرعات محضة ام محاباة فى عقد من عقود المعاوضات .

وللحنفية هنا قولة مشهورة ، رأينا ضرورة التعرض لها لمناقشتها ، وهى قولهم ــ على ما جاء فى كتاب تبيين الحقائق وغيره : ان القياس يابى جواز الوصيه لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة ــ على ما ذكر فى تعريفهم للوصية ــ مع أن الشخص لو أضاف التمليك الى حال قيام الملك بأن قال لغيره ملكتك هذا الشىء غدا كان باطلا ، فتكون الوصية أولى بهذا الحكم ، ولكن الشارع أجازها استحسانا لحاجة الناس اليها (٢) ، ومثل ذلك الاجارة فانها لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان . وأجازها الشارع للضرورة ، وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين (٣) .

وهذا الكلام لا يقبل من الحنفية الا على معنى القياس فى اصطلاحهم ، أما اذا فهمنا القياس بمعناه الأعم الأوسع : وهو كل ما يحقق المصالح الراجحة للناس ، ويفى بحاجاتهم ،

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ .
(٢) سبق توضيح ذلك فى حكمة مشروعية الوصية .
(٣) الجزء السادس من كتاب تبيين الحقائق للزيلعى « اول كتاب الوصايا » .

ويمكنهم من استدراك ما فاتهم من التقصير ، ويدفع عنهم العسر والحرج ، أو كل ما تقتضيه الأصول الشرعية والقواعد الفقهيه المقررة بما يحقق مبادىءالعدالة ، والبر والرحمة ، ولا غبن فيه ، ولا غرر ـ اذا فهمنا القياس ـ على هذا الوجه ـ فليس فى الوصية ولا الاجارة ما يخالف القياس فى نظر الشرع، وبخاصةاذا عرفنا أن نصوصه جاءت بمشروعية كل من الوصيه والاجارة ـ تحقيقا لمصالح العباد ـ ، والشرع لا يأتى بما يخالف مقتضى العقل السليم ، ولا القياس الصحيح ـ كما بين ذلك بجلاء الامامان ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية (١) ٠

ثانيا : تعريفها فى مذهب المالكية :

عرف بعض المالكية الوصية بما عرفها به الحنفية ، وبعضهم قال : الوصية فى عرف الفقهاء : عقد يوجب حقا فى ثلث مال عاقده ، يلزم بموته ، أو يوجب نيابة عنه بعد موته ٠ ومعنى التعريف عندهم أن عقد الوصية يترتب عليه أحد أمرين :

الأول : ملكية الموصى له ثلث مال الموصى بعد موته ، بحيث لا يكون العقد لازما الا بعد الموت ٠

الثانى : نيابة عن الموصى فى التصرف ، فالموصى اما أن يوصى بمال ، واما أن يوصى باقامة نائب عنه بعد موته ٠

ويلاحظ على التعريف الثانى عند المالكية أنه يشمل الوصية بمعنى اقامة الوصى ، وذلك بخلاف تعريفهم الاول ٠

ثالثا : تعريفها عند الشافعية :

قالوا : الوصية تبرع بحق مضاف الى ما بعد الموت ٠ وهو يشبه تعريف الوصية عند الحنفية من حيث القيود التى اشتمل عليها التعريف ، كما يوجه اليه ما وجه الى تعريفهم من حيث

(١) راجع القياس فى الشرع الاسلامى ٠

أنه لايشمل بعض اضرب الوصية التى جاء بها قانون الوصية التى أسلفنا ذكرها ٠

رابعا : تعريفها عنـد الحنابله (١) :

عرفت فى بعض كتب المذهب بانها الأمر بالتصرف بعـد الموت ٠ فشمل التعريف الايصـاء بالمعنى اقامة وصى كان يوصى شخصا بالقيام على أولاده الصغار أو بتزويج بنـاته أو بتفريق ثلث ماله أو نحـو ذلك ٠ وعرف صاحب المغنى وصاحب الشرح الكبير الوصية بالمـال : فقالا : هى التبرع بعد الموت ٠ فما وجه الى كل من تعريف المالكية والشافعية والحنفية يمكن توجيهه الى هذا التعريف ، وقال أبو الخطاب : هى التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث ــ فعلى قوله تكون العطية فى مرض الموت وصية ٠ واعترضه صاحب الشرح الكبير فقال : الصحيح أنها ليست وصية لأنها تخالفها فى الاسـم ، والحكم فى أشـياء ، سيأتى بيـانها فى مبحث (تبرعات المريض مرض الموت) ٠

وبالموازنة بين تعريفات الـوصية فى مختلف المـذاهب الأربعة نخرج بثلاثة أمور :

الأول : أنها جميعها متقاربة فى المعنى والمقصد ، وان كان التعريف الثالث ــ عنـد الحنفيـة ــ أدق وأضبط فى الجملة ٠

الثانى : أن الوصية عند بعض الحنابلة وبعض المالكية قد أريد بتعريفها عندهم ما يشمل الوصية بالمـال ، واقامة وصى عن الشخص بعد وفاته ليرعى ماله ، وأولاده الصغار ٠

الثالث : أنها جميعها قاصرة فلم تشـمل كل ما جاء به قانون الوصية المصرى الصادر فى سـنة ١٩٤٦ من ضروب الوصايا ٠

---

(١) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الاربعة ص ٤٣٣ و ٤٣٤ ، وكتاب المغنى والشرح الكبير فى فقه الحنابلة جزء ٦ ص ٤١٤ طبعة المنار ٠

خامسا : تعريف الوصية كما جاء فى كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

قال مؤلف هذا الكتاب ـ فى المعنى الذى يدل عليه الوصية : « ان الوصية ـ فى الجملة ـ هى هبة الرجل ماله لشخص آخر ، أو لأشخاص بعد موته ، سواء اصرح بلفظ الوصية أم لم يصرح به » ، ومن الواضح انه يريد بالهبه ـ فى التعريف ـ التبرع ، فكانه قال تبرع الرجل بماله بعد موته لشخص أو لأشخاص وهو قريب من تعريف الحنابلة للوصية بالمال ، الا أن تعريف الحنابلة أدق من تعريفه لأنهم لم يخصوا الوصية بالرجل اذ لا موجب لهذا التخصيص .

سادسا : تعريفها عند الامام الشوكانى :

قال الشوكانى فى كتابه نيل الأوطار « شرح منتقى الأخبار » معرفا الوصية :

هى ـ فى الشرع ـ عهد خاص مضاف الى ما بعد الموت ، وهو بعمومه كما ترى يشمل كل شىء يوصى به الشخص بعد وفاته ، ومنه اقامة وصى ، وهو قريب من تعريف القانون لها ، وان كان التعريف القانونى ـ كما سترى بعد ـ أدق ، وأضبط مع شموله ، وحسن صياغته ، ووقوفه عند الحد المقصود ، وهو الوصية بالمال .

سابعا : تعريف القانون المصرى للوصية :

عدل قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن تعريفات الفقهاء ، وعن تعريف الوصية فى كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا وهو التعريف الثالث لعلماء الحنفية الذى مضى ذكره ـ لما رأى من قصورها ـ أو من ادخال بعضها اقامة الوصى فى تعريف الوصية مع أنه لا يقصد الا تعريف الوصية بالمال ، وما فى حكمه من الحقوق ـ فجاءت المادة الأولى منه معرفة الوصية بقولها : « الوصية تصرف فى التركة ، مضاف الى ما بعد الموت » فكان تعريف القانون أجمع من التعريفات

السابقة لانه يشمل كل ضروب الوصايا التى اشتمل عليها : فهو يشمل التمليكات ، والاسقاط الذى فيه معنى التمليك كالوصية بالابراء من الدين . والاسقاط المحض كالوصية بابراء الكفيل من الكفالة ، كما يشمل تقسيم التركة بين الورثة ، والحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ، ولا اسقاطا ، ولكنها متعلقة بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية بأن يباع ماله من فلان (١) ، ويشمل أيضا بيان طريق الوفاء بما على التركة من حقوق ان كان الموصى قد بين ذلك الوفاء ـ فهذا وغيره يعد تصرفا في التركة لأن كلمة تصرف عامة .

وتعريف القانون ـ وان كان عاما من الناحية التي ذكرناها لشموله كل ما تقدم بيانه ـ خاص بالنسبة لما ورد في تعريف بعض المالكية وفي تعريف الشوكاني : فان كلمة « عهد » في هذا التعريف تشمل الوصية بالمال ، وتشمل اقامة وصى على الأموال والأولاد ، وغير ذلك . ولعل الشوكانى اختارها على كلمة (تصرف) ـ حرصا منه على ادخال مفهوم الوصية اللغوى ـ في مفهومها الشرعى .

وواضح بعد ذلك أن كلمة (مضاف الى ما بعد الموت) في تعريف القانون لاخراج جميع التصرفات حال الحياة فانها لا تسمى وصية ، وهذا محل اتفاق ، لا خلاف فيه ، أما كلمة (التركة) في التعريف فانه يراد بها كل ما يخلف فيه الوارث المورث سواء أكان مالا أم منفعة أم حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال ، التي تنتقل بالموت من المورث الى الوارث ـ فخرج مالا يعتبر تركة من الحقوق التي لا تتعلق بالمال ، ولا تنتقل من المورث الى الوارث ـ كحق الحضانة والولاية على النفس ، والوكالة ، وسائر ما فوض الى المورث من الولايات والمناصب ، فان ذلك لا تجرى فيه الوصية ..

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون عند ذكرها المادة الأولى منه .

ولا يدخل فى تعريف القانون ـ الوصية بمعنى اقامة وصى على أولاده الصغار لأن ذلك ليس محل بحث فى قانون الوصية بل له قانون آخر ، وهو الخاص بأحكام الولاية على المال . ولم يرد مشرع القانون أن يبين على وجه التفصيل ماهى التركة ؟ فاقتصرت مذكرته التفسيرية على المراد بها اجمالا فقالت : هى كل ما يخلف فيه الوارث المورث مالا كان أو منفعة ، أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال ، التى تنتقل بالموت من المورث الى الوارث (١) .

تبرعات المريض مرض الموت عند الفقهاء

وفى نظر القانون المدنى

هل تأخذ حكم الوصية ؟

١ ـ التبرعات المنجزة :

على ما ورد فى كتاب المغنى ـ مثل المحاباة ، والهبة المقبوضة ، والصدقة ، والعتق ، والوقف والابراء من الدين ، والعفو عن الجناية الموجبة للمال ـ ان صدرت فى الصحة من غير محجور عليه ـ فهى من رأس المال وقال صاحب المغنى : لا نعلم فى هذا خلافا(٢) ، كذلك نقل صاحب بداية المجتهد اتفاق العلماء على أن للانسان أن يهب فى حال الصحة واطلاق اليد جميع ماله للأجنبى (٣) .

وبالرجوع الى مختلف المصادر يتبين أن الرأى السابق هو مذهب جمهور الفقهاء ان كانت الهبات والعطايا لأجنبى ، وكانت صادرة فى حال الصحة من غير محجور عليه ، فله فى هذه الحالة أن يهب أو يتصدق بكل ماله ، ولو فعل ذلك نفذ

---

(١) من يرد مزيد بيان للتركة ، وتحديد معناها ، وبيان اختلاف وجهات النظر فيها فليراجع فى ذلك كتاب احكام التركات والمواريث للعالم الجليل الاستاذ محمد أبو زهرة .

(٢) المغنى فى فقه الحنابلة جـ ٦ ص ٤٩١ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ (كتاب الهبات) .

تصرفه ، وذهبت طائفة من العلماء الى انه لا يحل للمرء أن يهب أو يتصدق بكل ماله ، وأنه يرد من حيف الناحل فى حياته ما يرد من حيف الناحل فى وصيته عند موته ، وليس له أن يتصدق بأكثر من ثلث ماله — قال بذلك عروة وابن شهاب ، وعمر بن عبد العزيز ، وجرى عليه طائفة من قدامى القضاة المجتهدين • وذهب ابن حزم الى أنه لا تنفذ هبة ولا صدقة لأحد الا فيما أبقى له ولعياله غنى ، وان أعطى مالا — لا يبقى لنفسه ولعياله غنى بعده — فسخ كله (١) • ومما لا شك فيه أن هبة الشخص أو تصدقه بما يتركه أو يترك أولاده كلا على غيرهم لا يتفق مع روح الشريعة وما تقضى به العدالة •

أما العطية للأولاد — فى حالة الصحة — فقد ذهب جمهور العلماء الى استحباب التسوية بينهم فيها ، فان فضل بعضهم على بعض صح مع الكراهة . وحملوا الأمر بالتسوية الواردة فى الحديث — على الندب . كما حملوا النهى عن التفضيل على التنزيه (٢) وقال آخرون بوجوب التسويه بين الاولاد فى العطية . وهو قول طاوس والثورى وأحمد واسحق وبعض المالكية — قال فى الفتح : والمشهور عن هؤلاء ان عدم التسوية يبطل العطية ، وعن أحمد تصح مع التفاضل ، ويجب ان يرجع عنه . ونقل عنه جواز التفاضل ان كان له سبب كأن يحتاج الولد لزمانته دون الباقين • وحجة من أوجب التسوية بينهم فى العطية جملة أحاديث وردت فى هذا الشان منها ما ورد « اعدلوا بين أولادكم فى النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم فى البر » وحديث « سووا بين أولادكم فى العطية » (٣) • والامام الشوكانى بعد أن ذكر حجج الفريقين قال : فالحق أن التسوية واجبة ، وأن التفضيل محرم(٤) •

---

(١) راجع المذكرة التفسيرية لقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ مادة ٢٣ وما بعدها •

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١ •

(٣) المصدر السابق جـ ٦ ، ص ٨ •

(٤) المصدر السابق ص ٧ •

وهذا الرأى هو الذى ينبغى ترجيحه واختياره ، فان التفضيل يؤدى غالبا الى التخاصم ، ويقطع الأرحام .

وان كانت التبرعات المنجزة فى مرض مخوف ، اتصل به الموت — فهى من ثلث المال فى قول جمهور العلماء ان كانت لأجنبى ، وحكى عن أهل الظاهر فى الهبة المقبوضة انها من رأس المال . وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال رسول لله — صلى الله عليه وسلم — « ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن حصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد فى مرضه ، ولا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله ، فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة » واذا لم ينفذ العتق مع سرايته ، فغيره أولى ، ولأن الظاهر من هذه الحال الموت ، فكانت عطيته فيها فى حق ورثته كالوصية ، فلا تتجاوز الثلث (١) .

٢ — حكم العطايا فى مرض الموت :

والعطايا فى مرض الموت المخوف تأخذ حكم الوصية فى أشياء ، وتفارقها فى أشياء — على ما ورد فى كتاب المغنى المذكور — فهى تأخذ حكم الوصية فى خمسة أشياء — أهمها :

أولا : وقف نفاذها على خروجها من الثلث ، أو على اجازة الورثة ان زادت عليه .

وثانيا : عدم صحتها ان كانت لوارث الا باجازة بقية الورثة .

وثالثا — أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت — لا قبله ولا بعده (٢) .

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٩١ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ، وانظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٧ .

وهى تفارق الوصية فى ستة أشياء ، منها الوجوه الأربعة الآتية :

الأول : انها لازمة فى حق المعطى ، فليس له الرجوع فيها وان كثرت لأن المنع من الزيادة على الثلث انما كان لحق الورثة لا لحقه ـ فلا يملك اجازتها ولا ردها • وانما كان له الرجوع فى الوصيه لأن التبرع بها مشروط بالموت ـ فقبل الموت لا يوجد التبرع • أما العطية فى المرض فانها قد وجدت من المعطى كما وجد القبول من المعطى والقبض ـ فتلزم كالوصية اذا قبلت بعد الموت •

الثانى : ان قبولها على الفور فى حال حياة المعطى ، وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا لردها الا بعد الموت ، وذلك لأن العطيه تصرف فى الحال ، فتعتبر شروطه وقت وجوده • والوصيه تبرع بعد الموت ، فتعتبر شروطه بعد الموت •

الثالث : ان العطية تفتقر الى شروطها المشروطه لها فى الصحة ، ومنها انه لا يصح تعليقها على شرط وغرر ـ فى غير العتق ـ والوصية بخلاف ذلك •

الرابع : أن الواهب اذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة ـ كانت الخيرة للورثة : ان شاءوا قبضوا ، وان شاءوا منعوا • والوصية تلزم بالقبول بعد الموت من غير حاجة الى رضاهم (١) •

٣ ـ أما القانون المدنى فقد عرض للوصية فى المواد ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ • والظاهر من المادة ٩١٦ انها تعتمد فى الحكم على تصرفات المريض مرض الموت المنجزة بأنها وصية ـ على قصد التبرع منها ، وما يحيط بها من دلائل وقرائن أحوال تدل على ذلك ، وهذا يكفى لاعتبار التصرف

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ طبعة المنار والمذكرة التفسيرية لقانون الوقف رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ عند شرح المادة ٢٣ وما بعدها •

ـ متى كان قانونيا ـ مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية من كل وجه ـ ما لم يثبت من صدر له التصرف ما يخالف ذلك ، وهذه المادة ذات فقرات ثلاث :

الفقرة الأولى : تنص على أن كل عمل قانونى يصدر من الشخص فى مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ـ يعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصيه أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . والفقرة الثانية منها تقضى بأن ورثة المتصرف عليهم أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت . وتضمنت الفقرة الثالثة أن الورثة اذا أثبتوا ذلك ـ اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ـ ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك .

كذلك المادة ٩١٧ عرضت لتصرف آخر يعتبر وصية وان كان صادرا من الشخص فى حال صحته ، وذلك اذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، فان هذا التصرف ـ بما أحاط به من هذا الاحتفاظ ـ يعتبر فى نظر القانون تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ـ ما لم يقم دليل يخالف ذلك . وعند النظر الصحيح لا يعتبر هذا مخالفا للقواعد الفقهية فان الأمور بمقاصدها ، والعبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

مشروعية الوصية : دليلها ـ حكمتها

شرعها الاسلام ـ عند توافر أسبابها ، وبواعثها الشرعية ـ لحكم جليلة ومقاصد شريفة ، تجمع بين مصالح العباد فى الدنيا ، ورجاء الثواب والدرجات العالية فى العقبى ، فهى قد شرعت لحاجة الناس اليها ، تمكينا من العمل الصالح ، اذ بها يتمكن الانسان العاقل من تدارك ما فاته من

الواجبات ، ومن أعمال البر والرحمة التي تعود على الأفراد والجماعات بالنفع الشامل ، والخير العميم ، وليكافىء من يكون قد أسدى اليه معروفا . ويستطيع بها أيضا ـ على وجه خاص ـ أن يصل رحمه وأقرباءه الذين لا يرثونه ، فيسد خلة المحتاجين ، ويخفف الكرب عن اليتامى والمساكين ، والضعفاء والبائسين ـ على أن يلتزم في ذلك المعروف ، وهو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط ، وأن يتجنب الاضرار في الوصية ـ لما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنه « الاضرار في الوصية من الكبائر » .

وجاء في الهداية ، وتبيين الحقائق ، وغيرهما : أن الوصية شرعت لحاجة الناس اليها ـ لان الانسان مغرور بامله ، مقصر في عمله ، فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك فانه يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير . وبالوصية يحصل مقصوده اذا تحقق ما كان يخافه ، ولو اتسع له الوقت ، واحتاج الى الانتفاع بماله ـ صرفه الى حاجته ـ فشرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح ، وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح .

وقد نطق بها كتاب الله تعالى فقال : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وسنة رسوله ـ صلوات الله عليه ـ ففي الحديث : « ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ، ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم» ، وكذلك ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصى فيه الا ووصيته مكتوبة عند رأسه » (١) وليس المراد خصوص الليلتين ، بل الحث على المبادرة بكتابة الوصية . وقد أجمعت الأمة على مشروعيتها .

---

(١) ملتقى الأخبار .

أركان الوصية

لما كان الشأن فى العقود ـ ومنها الوصية انه لا يتـأتى وجودها الا اذا كان هناك عاقدان ، ومعقود عليه وصيغة ـ قال كثير من الفقهاء : ان أركان الوصية أربعة(١) : موص، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة ٠

(أ) ركنها عند الحنفية : أما الحنفية فقد جروا عـلى أصلهم فى العقود عامة فقالوا ان للوصية ركنين : أحدهما الايجاب من الموصى ، ويكون بكل لفظ يدل على التمليك بعد الموت كقول الموصى أوصيت لك بكذا ، أو ملكتك هذا بعـد موتى ، أو وهبته لك بعد وفاتى ، والآخر القبول من الموصى له ، غير أنه لا يعتبر الا بعد موت الموصى : فأن قبلها الموصى له حال حياة الموصى أو ردها فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكم الوصية بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبران قبل عقد الوصية وصار كما اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم غدا فان ردها وقبولها قبل مجىء الغـد باطل (٢) ، ولا كذلك العقود الأخرى ، فان القبـول فيهـا لا يكون معولا عليه الا اذا صدر فى المجلس الذى حصل فيه الايجاب ولو حـكما ٠ وسبب انفراد الوصية بما ذكرنا أن التملك فيها لا يكون الا بعد وفاة الموصى فلا يعتبر القبـول قبل ذلك ٠

والمراد بالقبول الذى عرفت وقته ـ ما يعـم الصريح والدلالة ٠ أما الصريح فواضـح ، وأما القبـول الدلالى أو الحكمى عند الحنفية فحيث يكون القبول الصريح متعذرا ، وحصروا ذلك فى ثلاث حالات :

الأولى : ما اذا مات الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول

---

(١) كتاب بداية المجتهد ، والفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ٠

(٢) الزيلعى جـ ٦ وتكملة فتح القدير جـ ٨ ٠

ولا رد ، فانه يملك الموصى به بدون القبول استحسانا وينتقل الى ورثته ٠

والثانية : الوصية للجنين ، فان الوصية تدخل في ملكه متى استوفت شروط صحتها ــ من غير قبول استحسانا ــ لعدم من يلي عليه عندهم حتى يقبل عنه ٠

والثالثة : اذا كان الموصى له غير معين كالفقراء ٠ واستظهر بعضهم أن القبول في هذه الحالات الثلاث ليس بركن ولا بشرط (١) فتتم الوصية وتفيد حكمها بايجاب الموصى وحده متى توفى مصرا على وصيته ٠

وفي غير هذه الحالات الثلاث يكون القبول ركنا في تعبير بعض علماء الحنفية ، وشرطا في تعبير بعضهم الآخر ــ غير أنه لا يعتبر شرطا لصحة الوصية ، وانما هو شرط لثبوت أو لافادة الملك للموصى له (٢) ، حتى لا يملك قبل القبول الا في المسألة الأولى التي مضى ذكرها ، وبمراعاتها يكون الشرط ــ لانتقال الملكية عدم الرد ٠ ولو تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، ورد بعضهم فانها تبطل في حصة من رد وتصح في حصة من قبل ٠ وما ذكرناه من أن ركني الوصية الايجاب والقبول عند علماء الحنفية على التفصيل الذى سبق ذكره ــ أو أن ركن الوصية الايجاب ، وانما القبول شرط لثبوت أو لافادة الملكية ــ ما ذكرناه من ذلك ــ هو قول الامام وصاحبيه (٣) أبي يوسف ومحمد ٠

أما زفر فقد قال : الركن هو الايجاب من الموصى فقط ، ووافقه على ذلك نقلا عن كتاب الهداية ــ أحد قولى الشافعي: فعند الحنفية ــ ما عدا زفر ــ انما يملك الموصى به بقبول الموصى له ، ورأى زفر والشافعي في أحد قوليه يملك بدون

---

(١) ابن عابدين الجزء الخامس ص ٤٣٠ المطبعة الميمنية ٠

(٢) العناية على الهداية جـ ٨ ، وحاشية الشلبي على الزيلعي جـ ٦ ص ١٨٤ نقلا عن الاتقاني ٠

(٣) البدائع ، والجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٠ للعلامة ابن عابدين ٠

القبول لأن الوصية أخت الميراث اذ كل منهما خلافة ، ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ٠

أما دليل الامام وصاحبيه على أن القبول ضروري لافادة الملكية فهو أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا اشترى المريض شيئا ، ثم أوصى به لرجل فوجد به الموصى له عيبا بعد تملكه ، فانه لا يملك رده على بائعه بهذا العيب ٠ ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبتت له ولاية الرد بالعيب كما في الوارث ، هذا الى أنه لا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ولا كذلك الوراثة فانها خلافة من كل وجه ، حتى تثبت فيها هذه الأحكام كالرد بالعيب ، وتثبت الملكية فيها جبرا من الشرع من غير قبول ، ولانه لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به ، كما اذا أوصى له بحيوان قليل النفع او لا نفع به فان نفقته واجبة عليه بلا منفعة تعود اليه (١) ، والضرر يزال ٠

وقد يوجه الى هذا الرأى أن الوصية استخلاف في بعض المال ، فلماذا لا تكون مثل الميراث فى مدنيتها بلا قبول ؟ ، ويصح أن يجاب عن ذلك بأن الوصية ليست استخلافا من كل وجه ــ كما فى الارث ــ بل لها شبهان : شبه بالهبة ، وشبه بالميراث : فهى تشبه الهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير، وتشبه الميراث من حيث انها تملك بالموت ٠ وانما كانت استخلافا من وجه لأن الموصى يجعل الموصىٰ له خليفته فى بعض ماله ، فلشبهها بالهبة يشترط القبول مادام ممكنا من الموصى له ، فلا تملك قبل القبول وترتد بالرد ، ولشبهها بالميراث اكتفى فيها بالقبول من غير اشتراط قبض ، وسقط اعتبار القبول اذا كان غير ممكن ــ عملا بالشبهين ، ولهذا يسقط عند الحنفية بموت الموصى له قبل القبول ٠

---

(١) العناية والزيلعى ٠

وبالموازنة بين الرأيين ودليليهما تتضح لك قوة الرأى الأول ، ولذلك نرى ترجيحه واختياره •

ومن تتمة البحث عند الحنفية التعرض هنا لامور ثلاثة :

الأول : ان ما قلناه من قبل من ان رد الموصى له الوصية حال حياة الموصى باطل وأن له القبول بعد موت الموصى — ليس محل اتفاق بينهم فقد خالف في ذلك زفر قائلا •• اذا رد الموصى له الوصية في حال حياة الموصى فالرد صحيح مبطل للوصية ، ولهذا لا يجوز قبوله بعد موت الموصى لأن ايجابه كان في حياته وقد رده ، الموصى له فبطل • وحجة القائلين ببطلان الرد حال حياة الموصى هو ما سبق ذكره من أن أوان ثبوت حكم الوصية — بعد الموت ، فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبران قبل عقد الوصية •

ولزفر ان يدفع حجتهم بان الوصية انعقدت بايجاب الموصى ، فاذا ردها الموصى له — وان كان قبل موت الموصى — فقد بطل هذا الانعقاد ، فلا يجوز قبوله بعد ذلك ، على انه يجوز أن يكون للموصى له غرض صحيح في رد الوصية حال حياة الموصى فينبغي اعتبار رده تقديرا لعبارته وصونا لها عن اللغو ، ومحافظة على مقصده من رد الوصية حال حياة الموصى ، وقد يكون في قبول رده حال حياة الموصى ما يعينه على توجيه وصيته وجهة أخرى تكون اكثر فائدة وأعم نفعا، ولذلك فنحن نميل الى ترجيح رأى زفر . وان كان القانون قد أخذ بغير رأيه كما في الفقرة الأولى من المادة ٢٤ ، ونصها : « لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى » •

الثاني : قد تقرر في المذهب الحنفي أن الموصى له يملك الموصى به اذا مات بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد ، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا ، وأن موته بلا رد يعتبر قبولا دلالة •

والقياس : أن تبطل الوصية لأن الملك موقوف على القبول ، فصار كموت المشترى قبل قبوله — وبعد ايجاب

البائع — ، ووجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وانما توقفت لحق الموصى له ، فاذا مات دخل الموصى به فى ملكه ، كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى ، فانه اذا مات فى مدة الخيار وقبل الاجازة فان البيع يتم ، وتورث السلعة عن المشترى ، فكذلك الشأن فى الوصية اذا مات الموصى له بلا رد ، ولأن الشرط فى انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول ، بل عدم الرد وقد تم ذلك بموته بلا رد ، وانما كان الشرط عدم الرد فقط لأن اشتراط القبول انما هو لدفع مضرة المنة ، وما عساه يكون من مضار المؤن فى العين الموصى بها ، وذلك يتحقق بعدم الرد ، فيكتفى به .

الثالث : من يعتبر قبوله ؟ : تلزم الوصية وتفيد حكمها بوفاة الموصى من غير حاجة الى قبول الموصى له — عند الحنفية — اذا كان الموصى له جنينا ، أو قوما غير محصورين وكان فى الوصية ما ينبئ عن الحاجة كما اذا أوصى للفقراء أو اليتامى . أما فى الجنين فلأنه ليس له ولى يقبل عنه (١) ، وأما فى الوصية على غير المحصورين فلتعذر القبول ، وليس لواحد بعينه أن يتولى الرد بالنيابة عن الفقراء أو اليتامى ، وبعضهم يقول هنا ان القبول ليس بشرط ، وبعضهم يقول ان القبول موجود حكما أو دلالة .

ويكون القبول لازما لافادة الملكية ولزوم الوصية اذا كان الموصى له معينا بشخصه . وفى هذه الحالة يتعين أن يقبل بنفسه اذا كان ذا ولاية كاملة غير محجور عليه : فان كان فاقد الأهلية كالمجنون والصبى غير المميز — قبل عنه وليه المالى . وان كان ناقص الأهلية كالصبى المميز — أو محجورا عليه لغفلة أو سفه — اعتبر قبوله لأن قبول الوصايا من التصرفات النافعة نفعا محضا ولا يعتبر رده لأنه ضار ضررا محضا — على ما هو مبين فى كتاب الحجر .

---

(١) سيأتى توضيح ذلك فى الوصية للحمل .

(ب) اجمال القول فى ركن الوصية عند غير الحنفية :

اشترط المالكية فى صيغة الوصية أن تكون بما يدل على الوصية من لفظ صريح كأوصيت ، أو غير صريح ولكن يفهم منه الوصية بالقرينة كأعطوا منزلى هذا لفلان بعد موتى ، ومثل اللفظ الكتابة والاشارة المفهمة ولو كان الموصى قادرا على النطق (١) · أما القبول من الموصى له فهو شرط لتنفيذ الوصية بعد الموت ، ولابد أن يكون القبول بعد الموت ، فاذا حصل القبول قبله ــ فانه لا يفيد ، فهم فى ذلك كالحنفية · لكن اذا مات الموصى له قبل القبول فان وارثه يقوم مقامه فى القبول ، وهم فى ذلك يخالفون الحنفية الذين يعتبرون موته بلا قبول ولا رد متمما للوصية مفيدا لحكمها قائلين ان الشرط فى هذه الحالة هو عدم الرد ·

ويشترط لصحة القبول عندهم ان يكون حاصلا من الشخص الذى عينه الموصى اذا كان بالغا رشيدا فان لم يكن كذلك قام وليه مقامه فى القبول عنه · أما اذا كان الموصى له غير معين كالوصية للفقراء والمساكين فان الوصية تصح بدون قبول لتعذر القبول فى هذه الحالة ، كما فى المذهب الحنفى ·

والشافعية يشترطون فى الصيغة أن تكون بلفظ يدل على الوصية سواء أكان صريحا أم كناية بشرط النية فى الكناية : فالصريح كقوله أوصيت له بكذا، والكناية كقوله : هو له من مالى كذا بشرط النية ، ولابد أن يكون القبول بعد الموت اذ لا تلزم الوصية الا بعده · والقبول يعتبر من الموصى له نفسه ان كان مع تعيينه مكلفا ، أما من ليس أهلا كالصغير والمجنون فانه يقبل عنه وليه · وقد قرر بعض الشافعية ويوافقهم فى ذلك بعض الحنابلة أن الوصية للحمل تحتاج الى القبول ، ويكون الذى يتولاه هو الولى عليه بعد الولادة ،

---

(١) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيرى ·

وهذا أولى بالقبول من رأى الحنفية لأن الولادة ستقرر وجوده وصحة الوصية له ، وفي هذا الوقت سيكون له ولى يتولى شئونه ، فتجعل له ولاية القبول . وقد اخذ القانون في الفقرة الأولى من مادته العشرين بذلك الرأى - غير ان عبارتها مطلقة لا تفيد تأجيل القبول الى ما بعد الولادة ، بل تجعل لوليه القبول أو الرد بعد اذن المجلس الحسبى ، وان كان ذلك قبل ولادته ، ولعل ذلك راجع الى ان القانون المصرى الخاص بأحكام الولاية على المال يفرض للحمل وصيا مختارا يقيمه الأب أو تقيمه المحكمة ، ويبقى وصى الحمل وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره . « المادتان ٢٨ ، ٢٩ » .

كذلك الشافعية يشترطون لثبوت الملك بالوصية اذا كانت لمن لا يحصون وكانوا ينتمون الى جهة لها من يمثلها ويتكلم باسمها كطلبة العلم بالأزهر ، او كانت الوصية على جهة لها أيضا من يمثلها كمسجد له ناظر - اشترطوا لتمامها والالزام بها القبول من تلك الجهة .

والشيعة الامامية يوافقون الشافعية على هذا الرأى ، وينقل عنهم أيضا أنهم يشترطون للزوم الوصية اذا كانت لغير محصورين أو لجهات كمساجد ومدارس القبول من الناظر على الوقف ان كانت جهة وقف ، أو من الولى عليها أو الحاكم باعتباره المتكلم باسم الكافة (١) .

وقد استند القانون الى رأى الشافعية والشيعة في بعض ما قرروه ، وذلك فيما جاء بالفقرة الأخيرة من المادة العشرين التي قضت بأن يكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ، فان لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول . وجاء في المذكرة التفسيرية : « أنه يقبل عن تلك الجهات من يمثلها شرعا أو قانونا ، فان قبل الوصية لزمت وثبت الملك ، وان ردها بطلت ،

---

(١) شرح قانون الوصية للأستاذ المحقق محمد ابو زهرة ص ٢٨ ، ٢٩ ، وقد اختلف الفقهاء في الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون : فقال الشافعية من لا يحصون هم =

ولا يعتبر القبول من الموصى لهم كطلبة المدرسة أو الموجودين بالملجأ أو المستشفى ــ أخذا من مذهب الشافعية والامامية وقواعد الشريعة العامة » اهـ ، ولا شك أن المشرع فى ذلك سار على الأصول والمبادىء القانونية المقررة اذ هى تفرض أن الجهات والمؤسسات التى لها من يمثلها شخصيات معنوية لها ذمة صالحة للتعاقد ، تثبت لها الحقوق ..وتجب عليها الواجبات المالية ، ويدخل فى ضمانها المالى كل مايترتب على أعمالها من مضار بالناس ، ومن أجل ذلك جعل لهـا القانون ولاية القبول أو الرد • ثم قالت المذكرة التفسيرية : « اذا لم يكن لجهات البر من يمثلها كالفقراء والحج ونحوهما فان الوصية تلزم بلا قبول ، ولا خلاف فى ذلك بين المذاهب » أهـ •

أما الحنابلة فقد اشترطوا ايضا فى الصيغة ان تدل على معنى الوصية ، كما قالوا ان القبول يشترط فيه أن يكون بعد الموت ، ولا عبرة بقبول الموصى له او رده قبل الموت : فهم فى ذلك كالمذاهب السابقة • ويحصل القبول عندهم باللفظ كقبلت ، وبالفعل كأخذ الموصى به ونحو ذلك مما يدل على الرضا كبيع الموصى به وهبته ، ويجوز للموصى له التصرف فى الموصى به بعد ثبوت الملك بالقبول ولو لم يقبض •

وقد وافق أكثر الحنابلة الحنفية والمالكية فى لزوم الوصية اذا كان الموصى له جماعة غير محصورين كالفقراء والمساكين والعلماء من غير افتقار الى قبول ــ فقد جاء فى الجزء السادس من كتاب المغنى ص ٤٤١ ــ أن الوصية ان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم، وتميم، أو على مصلحة مسجد أو حج ــ لم تفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم

= من لا يمكن استيعابهم الا بمشقة وقال أبو يوسف : اذا كان الموصى لهم لا يحصون الا بكتاب ــ فهم لا يحصون • وقال محمد : من لا يحصون من بلغوا مائة ، ومن دون ذلك عددا فهم يحصون • وبعض العلماء يقولون : يفوض الأمر فى هذا الى القضاء • ورأى محمد هو الذى كانت تأخذ به المحاكم الشرعية •

متعذر فيسقط اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولأن الملك لا يثبت لهم بالقبول ، بل يتبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضة مقام قبوله » ٠

كذلك قرر المذهب الحنبلى كما قرر غيره من المذاهب أن القبول أو الرد يكون للموصى له اذا كان معينا بشخصه وكان ذا ولاية كامله وغير محجور عليه ٠ اما اذا كان فى الموصى لهم من ليس أهلا للتصرف فان وليه هو الذى يقوم مقامه فى القبول والرد ، وليس للولى ان يفعل الا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فان فعل غيره لم يصح : فاذا كان الحظ فى قبولها فردها لم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك (راجع الجزء السادس من المغنى ص ٤٤٠) ٠

ولا شك أن هذا الرأى يخالف بعض ما ذهب اليه علماء الحنفية فانهم يرون صحة قبول الوصية من ناقص الأهلية كالصبى المميز ، ومن المحجور عليهم لسفه أو غفلة ، كما لا يجيزون ردها من الولى لأنها من العقود والتصرفات النافعة نفعا محضا ٠

وقد جاء القانون فى الفقرة الأولى من مادته العشرين ــ مقررا « أن الموصى له اذا كان قاصرا او محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ما له بعد اذن المجلس الحسبى » ، وجاء فى مذكرته التفسيرية ان المادة قررت ذلك ــ آخذا من مذهب الشافعية والمالكية فى المحجور عليه ٠

وبالنظر فيما سبق ذكره فى المذهب الحنبلى من « أن الموصى له اذا كان غير أهل للتصرف فان وليه يقوم مقامه فى القبول والرد ، وليس له أن يفعل الا ما للمولى عليه الحظ فيه فان فعل غيره لم يصح » ــ يتضح أن إعتماد المادة المذكورة بالنسبة للمحجور عليه ينبغى أن يكون مؤسسا على مذهب أحمد بن حنبل أكثر من إعتمادها على مذهب الشافعية والمالكية فان مذهب الحنابلة ــ على ما ذكره المغنى ــ صريح فى أن للولى القبول والرد ، وأن رد الولى مقيد بمصلحة

المولى عليه ، حتى اذا كان حظه في قبولها فردها الولى لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك • ومثل ذلك ما قررته المادة بالنسبة للمحجور عليه • فانها جعلت القبول أو الرد لمن له الولاية على ماله ، ولكي تكفل الخير والنفع للمحجور عليه في القبول او الرد — اشترطت اذن المجلس الحسبي •

وقد يوجه الى القانون أن قبول الوصية يعتبر نفعا محضا ، فكيف يتوقف قبولها من الولى على اذن المجلس الحسبى ، ويجاب عن ذلك بان التبرعات قد تكون محملة بالتزامات تذهب بجدواها ، وتجعلها عبئا على القاصر أو المحجور عليه ومن ثم جاءت المادة ١٢ من القانون رقم ١١٦ لسنه ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال — مصرحة بما ياتى :

« لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة باذن المحكمة » كما جاءت المادة ٣٩ من القانون المذكور قاضية بأن الوصى لا يجوز له مباشرة تصرفات معينة الا باذن من المحكمة ، وذكرت منها قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها — غاية ما يوجه الى قانون الوصية أنه كان يحسن أن تجيء المادة العشرون منه ملائمة ، ومتسقة مع ما جاء في قانون أحكام الولاية على المال ، فلا يكون قبول الولى الوصية مقيدا باذن المحكمة الحسبية الا اذا كانت محملة بالتزامات معينة ، أو مقترنة بشرط ، ولكن قد يهون من شأن هذا التوجيه أن قانون أحكام الولاية على المال والذى اشتمل على المادتين المذكورتين ١٢ ، ٣٩ — جديد لم يصدر الا في سنة ١٩٥٢ ، وقانون الوصية صادر قبل ذلك سنة ١٩٤٦ — على أنه كان من الأوفق عند وضع قانون الولاية على المال أن يراعى فيه ملاءمته لقانون الوصية ، أو تغيير مادة الوصية بما يجعل القانونين متلائمين متفقين تمام الاتفاق •

جـ — رأى القانون فيما تنعقد به الوصية ، وما به لزومها ، وثبوتها :

الفقره الأولى من المادة الثانية من قانون الوصية قررت أن الوصية تنعقد بالعبـارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمة ، ثم جـاءت الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فاشترطت للزوم الوصية وثبوت ملك الموصى به قبول الموصى له بعد وفاة الموصى صراحة أو دلالة • ويؤخـذ من ذلك أن القانون فى هذا الشأن يتضمن ما يأتى :

أولا ـ أنه يعتبر الوصية تصرفا ينشأ بارادة منفردة ، وهو ايجاب الموصى ـ غير أنه يجعل القبول بعد الوفاة شرطا للزومها وثبوت ملكية الموصى به وهذا كما لا يخفى ـ يوافق رأى كثير من الأئمة والفقهاء الذين سبق ذكر مذاهبهم •

ثانيا ـ تسويته فى انعقاد الوصية بين العبارة والكتابة لمن قدر عليهما •

وقد جاء فى المـذهب الحنفى بالنسبة للوصيـة جواز انشائها بالكتابة ثم قراءتها عليه (١) ونقل ابن عابدين (٢) عن النهاية أنه اذا كتب وصيته بيده ثم قال اشهدوا على ما فى هذا الكتاب ـ جاز استحسانا ، وان كتبها غيره لم يجز •

وورد فى المـدونة الـكبرى ـ فى مـذهب مالك ـ أن الشخص اذا كتب وصيته ولم يقرأها عـلى الشـهود ودفعها اليهم مكتوبة ، وقال اشهدوا عـلى بما فيها ولم يعاينوه حين كتبها فان ذلك جائز اذا عرفوا أنه الكتاب بعينه :

وفى كتـاب المغنى ، وكتـاب الشرح الـكبير فى فقه الحنابلة روايتان عن الامام أحمد : رواية تقول : ان من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها ، وعرف خطه ، وكان مشهور الخط ـ يقبل ما فيها • ووجه ذلك قول النبى صلى الله عليه وسـلم : « ما حق امرىء مسـلم له شىء

---

(١) شرح قانون الوصية للعالم الأستاذ محمد ابو زهرة ص ١١ •

(٢) الجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٠ الطبعة الميمنية •

يوصى فيه ، يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنـده » ولم يذكر شهادة ، ولأن الوصية يتسامح فيها ، ويصح تعليقها على الخطر والغرر ، وتصح للحمل وبالحمل ، وبما لا يقدر على تسليمه ــ فجاز أن يتسامح فيها بقبـول الخط كرواية الحديث .

أما الرواية الأخرى عنـه فهى أنه لا يقبـل الخط فى الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليـه فيقر بما فيهـا . وبهـذا قال الحسن والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ــ لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة فكذا هاهنا (١) .

ولأن الرواية الأولى ــ فى مذهب أحمد ــ صريحـة فى اعتبار الخط دليـلا على انشـاء الـوصية من غير حاجة الى الاشهاد ، ولما يؤخذ من الرواية الثانية عنه أنه يرى قبـول الوصيـة المكتوبة اذا قرئت عليه فاقر بما فيها ــ استنـدت المذكرة التفسيرية الى مذهبه (٢) حينما عرضت لبيان الفقرة الأولى من المادة الثانية فقالت : « لا يشترط فيمن يعـرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه ، بل يكفى أن يكتبها له غيره فيقرأها ، أو يقرأها له غيره فيوقع عليها ــ أخذا من مذهب الامام أحمد بن حنبل ، فعنده الايجاب يكـون بالقـول أو بالفعل الذى يدل على الرضا ، والتوقيع عمل يدل على الرضا بالمكتوب » .

ثالثا : أن الموصى اذا كان عاجزا عن العبارة والكتابة ــ اكتفى بالاشارة المفهمة فى انشاء الوصية سـواء أكان ذلك بسبب أنه أخرس أم بسبب أنه معتقل اللسان لمرضه ، وعدم جواز الوصية بالاشارة اذا كان الموصى قادرا على الكتابة هى رواية كتاب الأصل لمحمد ــ فى مذهب الحنفية ــ لأن الكتابة

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٨٨ والشرح الكبير المطبوع مع المغنى جـ ٦ ص ٤٢١ ، ٤٢٢ .

(٢) على أن انشاء الوصية بالكتابة يعتبر مبدأ مسلما به فى المذاهب الأخرى ، وان اختلفت عباراتها فى المفصلات وفى شروط العمل بها .

تعبير بالقلم فهى كالنطق فى قوة الدلالة ، والاشارة أضعف منها ، وهناك قول آخر فى المذهب يقضى بالاكتفاء بالاشارة عند العجز عن العبارة وان قدر على الكتابة ، وهو رواية الجامع الصغير ، وذلك لأن العبارة هى الأصل فى انشاء العقود فاذا لم تكن ممكنة ورخص له فى غيرها قام كل مايدل على العقد مقامها .

أما تسوية القانون بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لا يقدر على النطق ـ فهى مأخوذة من غير(١) مذهب الحنفية ، وذلك لأن مذهبهم يقضى بأن معتقل اللسان لا تصح وصيته بالاشارة الا اذا امتدت عقلته فصارت له اشارة معهودة كالأخرس ، وقدر بعضهم الامتداد بسنة ، وروى عن أبى حنيفة : ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة ، والاشهاد عليه لأنه عجز عن النطق عجزا لا يرجى زواله فكان كالأخرس (٢) . وبالنظر يتضح أن ما ذهب اليه القانون أولى بالترجيح والقبول لأنه كالأخرس فى العجز عن النطق .

هذا ما قرره القانون بالنسبة لانشاء الوصية ، والصيغة التى تنشأ بها فنذكر انها العبارة أو الكتابة ؛ ثم الاشارة المفهمة اذا كان الموصى عاجزا عنهما ، ولم يشترط القانون شروطا أخرى رسمية للانشاء ـ وقد كان فى مشروع الوصية قبل أن يصير قانونا اشتراط صدورها باشهاد رسمى ، أو بعقد عرفى يصدق فيه على توقيع الموصى أو ختمه حتى تساير الوصية العقود الأخرى كالوقف وهبة العقار ولكنه عدل عن ذلك فى القانون ـ مراعاة للتوسعة والتيسير فى الوصايا ، فان كثيرا منها فى أبواب القربات فلا يصح التضييق فى انشائها ، ولأن اجراءات التسجيل وما يشبهه قد تكون سببا فى فوات الوصية اذ كثيرا ما تكون فى وقت

---

(١) قالت المذكرة التفسيرية انه مذهب الشافعية كما يفهم من نقل الحنفية عنهم .

(٢) ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٥ .

اشتداد المرض ، أو فى أحوال حرجة ، لا تتيسر معهـا تلك الاجراءات (١) .

من أجل هذا اكتفت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الثانية من القانون ــ بعدم سماع دعوى الوصية عند الانكار وبعد وفاة الموصى الا بقيود خاصة . وحكمة هذه القيود الحرص على ثبوت الوصـايا وتوثيقها ، وتقليـل أسـباب النزاع فيها ، وارشاد الموصين الى الطريقة التى يحافظون بهـا عـلى وصاياهم . ونكتفى هنـا بايراد نص الفقرتين لوضوحهما :

« ولا تسـمع عنـد الانكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ ــ الا اذا وجدت أوراق خاليـة من شـبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيهـا دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها » .

أهم مواطن الاتفاق والخلاف فيما ذكر من ركن الوصية :

أهم مواطن الاتفاق بين الفقهاء : اتفاقهم على أنه لابد ــ لانشاء الوصية ــ من ايجاب المـوصى ، وأنه يكـون بكل ما يدل على معنى الوصية ، واتفاق جمهورهم على أن القبول شرط للزوم الوصية أو لثبوت ملكية الموصى به بعـد وفاة

---

(١) ومع عدول قانون الوصية عن اشتراط صدورها باشهاد رسمى ــ تنبغى ملاحظة ما ورد قانون الشهر العقارى الذى نفذ من أول يناير سنة ١٩٤٧ أن الوصية لا تنتقل بها الملكية فى العقار فى الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ الا بعد تسجيل ذلك النقل وهذا حسن لأنه مبدأ مأخوذ به من كل أسباب نقل الملكية فى العقار .

الموصى (١) : واتفاقهم أيضا على أن القبول — عند من يقول بأنه ركن أو شرط للزوم الوصية وافادة الملكية — لا يعتبر الا بعد موت الموصى ، فلا عبرة به فى حياته ، وعلى ان رد الوصية بعد وفاة الموصى ، وقبل القبول — مبطل لها ، لأنه يشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع ، وعلى ان القبول أو الرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصى بل يثبت على التراخى ، وأن قبول الوصية عن المجنون والصبى غير المميز يكون ممن له الولاية عليه ، واتفاق جمهورهم على عدم اشتراط القبول اذا كانت الوصية لجهات بر ليس لها من يمثلها كالفقراء والحج .

أما مواطن الاختلاف فكثيرة ، ولكننا نخص منها بالذكر — عدا ما تقدم بيانه — المسائل الآتية :

المسألة الأولى : رد الوصية بعد قبولها :

اذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ، ثم رد الوصية بعد قبوله — فهل يصح رده أم لا يصح ؟

فالشافعية والحنابلة اتفقوا على أنه لا يصح رده اذا كان بعد القبول والقبض لأن الملك قد ثبت بالقبول واستقر بالقبض ، فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه — الا أن يرضى الورثة بذلك فيكون هبة منه لهم تفتقر الى شروط الهبة ويأخذ رده كل أحكام التبرع المبتدىء الذى لا يرتبط بكون سبب ملكه وصية أو غيرها . أما رده بعد القبول ، وقبل القبض — فلأصحاب الشافعى وجهان (٢) : أحدهما أنه لا يصح الرد أيضا لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض ، والوجه الثانى صحة الرد من غير تفرقة بين المكيل والموزون وغيرهما ، وهو المروى عن الشافعى ، ووجهه أن القبض هو الذى يقرر الملكية ويثبتها،

---

(١) تقدم خلاف زفر فى القبول كما تقدم بيان رايه فى الرد حال الحياة .

(٢) المغنى جزء ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٣٨ .

فذان الرد قبله كالرد قبل القبول اذ ملك الموصى له لا يستقر على الموصى به قبل قبضه ٠

وعند الحنابلة يصح الرد ان كان الموصى به مكيلا او موزونا لان المثلى لا يتعين تعيينا كاملا الا بالقبض ، فهو الذى يقرر الملكية فيه فيجوز الرد قبله ، وان كان الموصى به غير ذلك لم يصح الرد لان القيمى معين من غير حاجة الى قبض — فيكتفى فى تقرير الملكية فيه — بالقبول من غير حاجه الى قبض ، فلا يصح رده ويحتمل ان يصح الرد — بناء على ان القبض معتبر فيه ٠

وفى كل موضع صح الرد فيه — تبطل الوصية بالرد ، وترجع الى التركة ، فتكون للورثة جميعهم ، ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالوصية المردودة كلها لم يكن له ذلك وكانت لجميعهم لأن رده امتناع عن تملكها فبقيت على ما كانت عليه ، ولأنه لا يملك دفعها للأجنبى فلا يملك دفعها الى وارث يخصه بها ، وفى كل موضع لا يصح رده لاستقرار ملكه على الوصية — له أن يختص بها واحدا من الورثة لأن ذلك يعتبر منه ابتداء هبة ويملك دفعها الى أجنبى فكذلك يملك دفعها الى أحد الورثة ، (راجع المغنى جـ ٦ص ٤٣٨) ٠

أما الحنفية فقد رأوا صحة رد الموصى له الوصية بعد قبوله واعتبروه فسخا للوصية بشرط أن يقبل الورثة منه ذلك كلهم أو بعضهم ولو كان واحدا ، واذا رد بعض الوصية فكذلك يصح الرد فى هذا البعض ، وتفسخ الوصية فيما رد ويكون تركة ، وان لم يقبل منه ذلك أحد من الورثة بطل رده ٠ قال العلامة ابن عابدين — نقلا عن الأشباه — : واذا قبلها ثم ردها على الورثة — ان قبلوها انفسخ ملكه ، والا لم يجبروا ٠ وانفساخ الوصية بقبول أحد الورثة نص عليه السرخسى فى المبسوط (١) ٠

---

(١) الجزء ٢٨ ص ٤٩ ٠

وحجة الحنفية أن الرد على الورثة فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الموصى فاذا قبلوا الرد تم الفسخ بالتراضى ، وأحد الورثة يقوم مقامهم فى ذلك لأن كل وارث يصح ان يقوم مقام الموصى ــ فاذا ابوا جميعا الرد بطل رده ، لأن الرد فسخ للعقد فيجب أن يلاحظ فيه أصل انعقاده فان كان ينعقد بالايجاب والقبول ، فكذلك فسخه يجب أن يكون بالتراضى .

وبوجهة نظر الحنفية أخذ القانون : فقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ بأن الموصى له اذا رد الوصية كلها أو بعضها بعد الموت والقبول ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وان لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (١) .

وبالموازنة بين رأى الحنفية ورأى غيرهم من الشافعية والحنابلة ــ يتضح ضعف الأساس الذى بنى عليه الحنفية رأيهم فى صحة رد الوصية بعد قبولها ، وهو اعتباره فسخا للوصية ، وذلك لأنه بموت الموصى وقبول الموصى له بعد موته ــ قد تمت الوصية ، وأفادت حكمها من ثبوت ملكية الموصى له بالتلقى عن الموصى لا عن الورثة : فاعتبار الرد فسخا فى حالة قبول الورثة الرد ضعيف من وجهين : الأول أن الموصى له لم يتلق الملكية من الورثة ، وانما تلقاها من الموصى ، وقد تمت الوصية بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، والثانى أنه فسخ مع غير من عقد الوصية ، وما كان يتصور فسخ للوصية مع الموصى حتى يقال ان الورثة حلوا محله فى ذلك ، لأنها لا تتم ، ولا تلزم الا بعد موته بشرط قبول الموصى له أو موته بلا رد ــ على ما سبق بيانه عند الحنفية ــ كذلك اشتراط القبض لعدم صحة الرد ــ على ما هو مبين فى مذهبى الشافعية والحنابلة ــ لا يظهر له وجه قوى .

---

(١) وجاء فى المذكرة التفسيرية ما يفيد ان رد بعض الوصية اذا قبل يفسخ الوصية فيما رد ويكون تركة .

لذلك نرى ترجيح الرأى القائل بعدم صحة الرد بعد القبول ، وان لم يوجد قبض ــ الا على انه تبرع مبتدأ فيأخذ حكم التبرعات المنشأة ، وان كان القانون قد اخذ بوجهة نظر الحنفية ٠

المسألة الثانية : موت الموصى له بلا قبول ولا رد :

اذا مات الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد ــ فتد رأى الامام أبو حنيفة وصاحباه ــ على ما سبق بيانه ــ أن ذلك يعتبر قبولا دلالة لأن الشرط عدم الرد ، فتتم الوصية ويدخل الموصى به فى ملك ورثته استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية ، وقد سبق بيان وجه كل من الاستحسان والقياس عندهم ٠

ويخالف الحنفية فى ذلك الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ــ على التفصيل الآتى :

أما المذهب المالكى والحنبلى ففى كل منهما رأيان : أحدهما أن الوصية تبطل فى هذه الحالة كما قال الحنفية : ان القياس يقضى ببطلانها . وان لم يأخذوا بالقياس٠ وحجة هذا الرأى أن الوصية عقد يفتقر الى القبول ، فاذا مات من له القبول قبله ــ بطل العقد كالهبة ، وهو قياس المذهب الحنبلى لأن حق الموصى له فى القبول أو الرد حال حياته ــ خيار لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت كخيار الشرط والمجلس ، وخيار الأخذ بالشفعة وببطلان هذا الخيار بموت الموصى له وعدم انتقاله الى ورثته ــ تبطل الوصية ٠

والرأى الآخر هو انتقال الحق فى القبول أو الرد الى ورثة الموصى له ٠ وهو رأى الشافعى ، وهذا الرأى الثانى يتضمن أمرين : أحدهما عدم بطلان الوصية بموت الموصى له بلا قبول ولا رد ، والآخر انتقال حق القبول أو الرد الى ورثته ٠ أما الأول فدليله هو أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين « وهو الموصى ، اذا مات مصرا عليها » ــ فلا تبطل بموت من له الخيار ، كعقد البيع اذا شرط فيه الخيار

لأحدهما ، ولأنها عقد لا يبطل بموت الموجب له ــ فلا يبطل بموت الآخر • وهذه الحجة ضعيفه ــ لان قياس احد الطرفين على الآخر ــ قياس مع الفــارق ، وذلك لانه فى حالة مــوت الموصى انما لزمت الوصية بالنسبة له لأنه مات مصرا عــلى ايجابه ، ولم يرجع فى وصيته • ولا كذلك اذا مات الموصى له بلا قبول ولا رد : فانه لم يصدر منه قبل موته ما يدل على أحدهما دلالة محققة ، ولهذا اذا قيل ان الوصية ــ فى هذه الحالة ــ تبطل لم يكن ذلك بعيدا عن القواعد الفقهية ، وذلك ما يوافق أحد الرأيين فى مذهب الامام أحمد •

ودليل الأمر الثانى أن القبول أو الرد حق ثبت للمورث، فيثبت للورثة بعد موته ــ لأنهم خلفاؤه ، وذلك لأن هــذا الحق يشبه خيار الرد بالعيب ، وللأثر المروى : « من ترك حقه فلورثته » وما قاله الحنفية يرد عليه بأن الوصية عقد يفتقر الى قبول المتملك ــ فلا يلزم قبل القبول ــ كالبيــع والهبة • وللحنفية أن يدفعوا ما وجه اليهم بوجود القبــول دلالة • وبأن الشرط عدم الرد ، وقد تحقق بموته بلا قبول ولا رد • وللشافعية أن يؤيدوا وجهة نظرهم بأن الموصى له قد مات بلا قبول محقق منه ، ولا رد ــ فلو ألزمنــا ورثتــه بالوصية ــ لتضرروا بذلك فى حالة ما اذا كانت الــوصية محملة بالتزامات، أو كان الموصى به قليل النفع ، كثير المئونة ــ فوجب لذلك أن يكون لهم حق القبول والرد •

وبناء على القول بأن الوارث يقوم مقام الموصى له فى القبول والرد ــ تبطل الوصية ان ردها ، وتصح ان قبلها ، ويثبت الملك بها ، وان كان الوارث جماعة ــ اعتبر القبــول أو الرد من جميعهم ، فان رد بعضهم ، وقبل بعضهم ــ ثبت للقابل حصته ، وبطلت الــوصية فى حق من رد • فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف ــ قام وليه مقامه فى القبول

والرد ـ غير أنه ليس له أن يفعل الا ما للمولى عليـه الحظ فيه ، فان فعل غيره لم يصح (١) ٠

وعندنا أن رأى الحنفية ، ورأى الشافعي ـ وهو الرأى الثاني للحنابلة ـ متكافئتان من الوجهة النظرية ٠

وقد اختار القانون رأى الامام الشافعي ومن وافقه ـ في مادته الواحدة والعشرين ، ونصها : « اذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك » ٠

ولما كان القبول أو الرد سواء أكان من الموصى له ، أم من ورثته لا يشترط أن يكون من فور وفاة الموصى ، بل يثبت على التراخي ، وقد يترتب على التاخير ـ اذا طالت مدته ـ ضرر بورثه الموصى ، أو الموصى به نفسه ، ويعتبر الموصى له بعدم قبوله ورده معطلا للموصى به ـ لما كان الأمر كذلك ورد فى مذهب الامامين أحمد والشافعى ـ ان الموصى له اذا لم يقبل ولم يرد ـ كان لورثة الموصى ان يطالبوه بالقبـول او الرد ، فان امتنع من القبول والرد ـ حكم عليه بالرد ـ لأن الملك متردد بينه وبين الـورثة ، فوجب القطـع فى تعيين مالكه ، وذلك كمن يحجر أرضـا لاحيائها ، لكنه امتنع عن احيائها ، فيقال له : اما أن تحيى الأرض التى حجرتها ، واما أن تتركها لغيرك ينتفع بها ٠

وقد رأى قانون الوصية أن يعتمد عـلى ذلك ـ فجعـل لورثة الموصى ، أو لمن له تنفيذ الوصية الحق فى طلب القبول أو الرد ـ باعلان رسمى ـ فى مدة معلومة ـ حددها القانون بثلاثين يوما كاملة ، فاذا لم يجب الموصى له أو ورثته بالقبول أو الرد كتابة دون عذر مقبول ـ اعتبرت الوصية باطلة ٠ وقد عرضت المادة ٢٢ لبيان ذلك ، فقالت : « لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت » ٠ ومع ذلك تبطل الوصية اذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له

---

(١) راجع فى ذلك المغنى جـ ٦ ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ وشرح قانون الوصية للعالم المحقق الأستاذ أبو زهرة ٠

باعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ، ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول ، وهذا حكم عادل ونظام حسن تتحقق به مصالح الناس ، وتدفع به المضار عنهم .

المسألة الثالثة

وقت ثبوت الملكيه ـ زوائد الموصى به :

قلنا فيما سبق ان جمهور الأئمة والفقهاء على أنه بقبول الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى تلزم الوصيه ، وتفيد حكمها من ثبوت الملكية له ، ولكنهم اختلفوا فى الوقت الذى تثبت له فيه هذه الملكية ، واختلفوا تبعا لذلك ـ فيمن يكون له نماء الموصى به وزوائده ، ونحن نلخص اختلاف وجهات نظرهم فيما يأتى :

أولا : مذهب الحنابلة : أرجح الأقوال عندهم أن الملكية تثبت من وقت القبول فلا وجود لها قبله ، وذلك لأن القبول شرط لثبوت الملكية بالايجاب فهو شرط لتحقيق موجب السبب ، وحينئذ لا يمكن أن تكون الملكية قبل القبول لأن السبب وهو ايجاب الموصى لا يتحقق موجبه بدونه ، أو لأن القبول من تمام السبب للملكية ، فلا تقدم الملكية على سببها ، فالسبب ليس الايجاب والوفاة فقط ، انما السبب هو الايجاب والوفاة والقبول ، ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها وقد وافق على هذا الرأى بعض المالكية . كما وجد عند الشافعية (١) .

أما ملكية الموصى به فى الفترة التى بين وفاة الموصى وقبول الموصى له فقد اختلف فيها ـ عندأصحاب هذا الرأى ـ

---

(١) شرح قانون الوصية للعلامة الاستاذ محمد أبو زهرة .

فقيل انها تستمر للموصي حتى تئول للموصى له بقبوله ، وقيل تكون للورثة • وعلى أية حال فنماء الموصى به وزيادته قبل القبول تكون ملكا لورثة الموصى ــ على هذا المذهب لأنه نماء ملكهم •

ثانيا : مذهب الشافعية : اصح الاقوال عند الشافعية : أن الملكية تبتدىء من وقت الوفاة ، ولكن لا تثبت الا بالقبول : فقبل القبول لا تثبت ملكية للموصي له ، اما بعد القبول فانها تثبت الى وقت الوفاة ، وكان الملكية في الفترة التى بين الوفاة والقبول متوقفة تحتمل الثبوت للورثه او للموصي له، فان قبلت آلت الملكية الى الموصى له مستندة الى وقت وفاة الموصي ، وان لم تقبل آلت التركة كلها الى الورثة ومنها الوصية من وقت الوفاة أيضا • ولا يتوجه الاعتراض بأن العين في هذه الفترة لا مالك لها ــ لأن لها مالكا وان كان غير معروف ، وقبول الوصية بعد ذلك او ردها هو الذى سيبينه ويعينه •

فالقبول ــ على هذا الرأى ــ يكون شرطا للزوم الوصية ، وليس بجزء متمم لها ، اذ السبب الموجد للملكية هو ايجاب الموصي فقط ، ولكن يشترط لاعمال ذلك السبب قبول الموصى له بعد الوفاة ، وهذا لأن الملك بالوصية مضاف الى الموت ، فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت وان تأخر القبول ، وكأن الموصى له بقبوله ــ قد قبل ملكا مضافا الى وقت الموت، وذلك كالعقد الموقوف على اجازة صاحب الشأن ، فانه ان اجازه اعتبرت الاجازة تنفيذا للعقد من وقت انشائه لا من وقت اجازته •

وبناء على ذلك تكون زوائد العين الموصى بها ــ اذا حدثت بعد الوفاة وقبل القبول ــ ملكا للموصى له لأنها تعتبر نماء ملكه الخاص ، ولا تعتبر وصية • ومن باب أولى تعتبر ملكا له اذا حدثت بعد القبول وقبل القسمة أو بعدها •

وهذا الرأى هو ما أخذ به قانون الوصية في الفقرة

الأخيرة من المادة ٢٥ ــ التي قررت أن زوائد الموصى به من حين الملك الى القبول تكون للموصى له ولا تعتبر وصيه ــ اخذا من مذهب الشافعي ، كما قررت ان نفقه الوصيه وزوائدها في هذه المدة تكون على الموصى له لانها نفقه ملكه • اما وقت الملك فقد عرضت لبيانه الفقرة الأولى من المادة المذكورة اذ قضت بان الموصى له يملك الوصيه بالقبول من حين الموت اذا كان الموصى له موجودا وقته وكانت الوصية مضافة الى الموت نفسه غير متأخرة عنه ، « وهــو ما يوافق مذهب الشــافعية والحنفية » أما اذا كان الموصى له غير موجود حين الموت ، او كانت الوصية مضافة الى وقت معين بعده ــ فان الملك يثبت بالقبول من حين وجود الموصى له في الحالة الأولى ، ومن حين الوقت المضاف اليه في الحالة الثانيــة ــ أخــذا من مذهب المالكية ــ على ما ذكرته المذكرة الايضاحية عند شرحها للمادة ٢٥ من القانون •

ثالثا : مذهب الحنفية : أن الموصى به انما يملك بقبول الموصى له بعد موت الموصي • ولم يخالف في ذلك الا زفر على ما سبق بيــانه ــ ومــع ذلك فالقبــول ليس بشرط لصــحة الوصية (١) ، وانما هو شرط لثبوت الملك أو افادته للموصى له ، ومتى استفاد الموصى له الملكية بالقبول استندت الى وفاة الموصى ، كما هو مذهب الشافعية الذى بيناه من قبل ــ فان لم يقبل بعد الموت كانت الوصية موقوفة على قبوله : ليست في ملك الوارث ، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت فلا قبول ولا رد (٢) •

والحنفية ــ وان اتفقوا مع الشافعية على استناد ملكية الموصى له للوصية بالقبول الى وقت الوفاة ــ يختلفون معهــم في زوائد الموصى به لأن لهم وجهة نظــر أخــرى ، وهى أن التركة ــ قبل القسمة ــ ومنها الموصى به مبقاة على حكم ملك الميت ، حتى يقضى بها ديونه ، وتنفذ منهــا وصــاياه (٣)

---

(١) شرح العناية على الهداية جـ ٨ ص ٤٣٠ •

(٢) حاشية الشلبي على الزيلعي جـ ٦ ص ١٨٤ ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٥ •

(٣) الهداية والبدائع وتبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٥ •

فتسرى الوصية الى الزيادة اذا حدثت قبل القسمة (١) ، ومعنى ذلك أن ملكية الموصى له للوصية بالقبول لا تتقرر بصفة ثابتة الا بعدها .

وحينئذ فزوائد الموصى به ، بالولادة اذا حدثت قبل موت الموصى ـ فهي لورثته حتما لأن ملكيته للموصى به ـ قبل وفاته ثابتة بيقين . واذا حدثت بعد الوفاة ، وبعد قبول الموصى له والقسمه فهي للموصى له بيقين أيضا لأنها نماء خالص ملكه لتقرر ملكه في الوصية بعد القسمة (٢) .

أما اذا حدثت بعد الموت وقبل القسمة سواء اكان حدوثها قبل القبول أم بعده ـ فانها تدخل في الوصية وتصير موصى به حتى يعتبر خروجها من الثلث ، وهذا على رأى عامة المشايخ ، وهو ما أيده في البدائع بقوله : « والأولى أن يقال ان القبول وحده ليس كافيا لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها بالقسمة ، فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى الى أن تنفذ الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محله ، ويكون ذلك مستندا الى وقت الوفاة » .

وعلى ما ذكره القدورى لا تكون الزوائد الحادثة بعد القبول داخلة في الوصية ، بل تكون للموصى له وتعتبر نماء ملكه ، وان كانت قبل القسمة ، ولنا أن نستنتج ـ بناء على ما ذكره القدورى ـ أن التركة بالنسبة للوصية تبقى على حكم ملك الميت الى أن يقبل الموصى له ، فاذا قبل تقررت ملكية الموصى له للوصية وان كان ذلك قبل القسمة . فاذا حدثت الزيادة بعد القبول وقبل القسمة كانت نماء ملكه ، فلا تعتبر موصى به (٣) وتكون هذه وجهة نظر أخرى لبعض علماء الحنفية .

---

(١) كما يفهم ذلك من السابقة .

(٢) شرح الهداية .

(٣) رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٤٤٩ .

ولتوضيح ما سبق نذكر المثال الآتي :

اذا أوصى شخص بفرس فولدت مهرا ـ فهنا أربع حالات :

الأولى : أن تلده قبل موت الموصي ـ فيكون لورثته ٠

الثانية : أن تلده بعد قبول الموصى له وبعد القسمة ـ فيكون للموصى له لأنه نماء ملكه ٠

الثالثة : أن تلده قبل القبول وقبل القسمة ، وفي هذه الحالة تسرى الوصية الى الولد ، فان خرجت الفرس وولدها من الثلث كما اذا ترك ستين جنيها وكانت قيمة الفرس عشرين ، وقيمة ولدها عشرة ـ فهما للموصى له ٠ وان لم يخرجا من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة كما اذا ترك ستين جنيها وكانت قيمة الفرس ثلاثين جنيها وقيمة ولدها ثلاثين أيضا ـ ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : يأخذ ذلك من الام أولا ، فان فضل شيء أخذه من الولد ، ففي المثال المذكور يكون للموصى له على رأى الصاحبين ثلثا كل واحد منهما ، وعلى رأى الامام تكون له الأم وثلث الولد ٠ وحجة الصاحبين أن الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها ، فلا يخرج عن الوصية بالانفصال ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم كأن الوصية وقعت بهما جميعا، وحجة الامام أن الأم أصل ، والولد تبع في الوصية ، والتبع لا يزاحم الأصل ، ولو نفذنا الوصية فيهما جميعا لانتقضت الوصية في بعض الأصل وذلك يجوز ٠

الحالة الرابعة : أن تلدة بعد القبول وقبل القسمة ، وهى مثل الحالة الثالثة فى الحكم ـ على رأى عامة المشايخ ، فيصير الولد موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول ، وعلى ما ذكره القدوري لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث فيكون للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة ٠

ومثل الزيادة ــ بالولادة ــ الزيادة بالغلة والكسب فيما ذكر (١) ، وهذا ايضا على رأى عامة المشايخ ٠

أما القدورى فقد ذكر أن الزيادة بالغلة والكسب اذا حدثت بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له الوصية ــ لا تصير موصى بها ، حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة (٢) ــ فعلى ما ذكره القدورى تعتبر الزيادة بالغلة والكسب ملكا للموصى له وان كان حدوثها قبل القبول ، ولا تعتبر وصية ٠ وهذا ما يوافق رأى الشافعية الذى أخذ به القانون ، كما بينا من قبل (٣) ٠

رابعا : مذهب المالكية : اختلفت الاقوال فيه : فقيل ان الملكية تبتدىء وتثبت من وقت الوفاة ــ كما قال الشافعية ، وقيل تثبت من وقت القبول كأرجح الأقوال عند الحنابلة (٤) :

فاذا مات الموصى وتأخر القبول بعد موته زمنا ارتفعت فيه قيمة الموصى به ــ فهل الزيادة تكون حقا للموصى او للموصى له ؟ اختلفت المالكية فى ذلك على أقوال ثلاثة :

أحدها : أنها كلها لورثة الموصى ، وثانيها : انها للموصى له ، وثالثها : أن للموصى له ثلثها فقط ٠ فاذا أوصى لشخص ببستان يساوى ألف جنيه ــ وكان ذلك يعادل ثلث ماله ــ ثم مات الموصى وتأخر قبول الموصى له حتى أثمر البستان فزاد ثمنه مائتى جنيه فأصبح يساوى ألفا ومائتى جنيه ، ثم قبل الموصى له الوصية بعد ذلك ــ فعلى القول الأول وهو الذى يعتبر الملكية من وقت القبول يكون للموصى له خمسة أسداس البستان وهو ألف لأن السدس الذى زاد ــ وهو يعادل مائتى جنيه ــ حدث قبل قبوله فيكون حقا لورثة الموصى ٠

---

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١٩٥ والدر المختار ٠

(٢) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٩٩ نقلا عن الهندية ٠

(٣) القينا كثيرا من الصعوبات فى الوصول الى هذه النتائج لاضطراب النصوص واختلاف أحكام الفروع ٠

(٤) شرح قانون الوصية ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ٠

وعلى القول الثانى : وهو الذى يعتبر ثبوت الملكية بوفاة الموصى ـ يكون البستان الذى يساوى ألفا مع المائتين الزائدتين حقا للموصى له ، وهو واضح ، وعلى القول الثالث يكون للموصى له الأصل وهو يساوى الألف ، وثلث الثمرة لأنه وان ثبتت ملكيته بموت الموصى ـ كما فى القول الثانى ـ يعتبر القبول فى تنفيذ الوصية : فالزيادة الحادثة قبل القبول تعتبر تركة فيستحق الموصى له ثلثها ، والورثة ثلثيها ، وقالوا ان ذلك أعدل الأقوال وأشهرها وعلى ذلك يأخذ الموصى له ألفا مع ثلث المائتين (١) •

وبالموازنة بين المذاهب الأربعة فى وقت ثبوت الملكية وفى الزوائد ـ يتضح يسر المذهب الشافعى وسهولة تطبيقه ، وان كان المذهب الحنفى أدق • ولو أخذنا بما ذكره القدورى فيه لضاقت شقة الخلاف بين المذهبين •

صيغة عقد الوصية

ذكر علماء الحنفية أن صيغة العقد ـ من حيث هى ـ قد تصدر مطلقة من كل قيد ، وقد تصدر مقيدة بشرط • أو مضافة الى وقت مستقبل ، أو معلقة ـ على شرط أو حادثة ـ وعلى هذا ينقسم العقد الى أقسام أربعة :

الأول : العقد المنجز : وهو ما صدر بصيغة مطلقة غير معلقة ـ مثل قولك لآخر بعتك منزلى هذا بكذا وقول الآخر قبلت • وحكم هذا العقد ترتب آثاره عليه فى الحال متى كان صحيحا مستوفيا لكل شروطه •

وكل العقود تقبل التنجيز الا عقد الوصية والايصاء ، فانهما لا ينعقدان بصيغة منجزة لأنه مأخوذ فى مفهوم كل منهما الاضافة الى ما بعد الموت •

---

(١) الجزء الثالث من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٤٢ ، ٤٤٣ •

الثاني : العقد المعلق : وهو ما رتب وجوده على وجود شيء آخر كقولك لآخر : اذا لم يحضر وكيلي فلان من السفر قبل انتهاء هذا الشهر فأنت وكيلي بدلا عنه .

وحكم العقد المعلق أن أثره . لا يترتب عليـــه الا وقت وجود الشيء المعلق عليـــه أما قبله فلا . ولا يعتبر التعليق حقيقيا الا اذا كان التعليق فيه على أمر يتوقع وينتظر حصوله في المستقبل كما في المثال المذكور . وهذا بخلاف التعليق على أمر هو حاصل وواقع فان التعليق حينئذ صوري وهــو في الحقيقة تنجيز ، وبخلاف التعليق على أمر مستحيل كقولك لآخر ان شربت البحر وهبت لك كذا . وهذا الكلام لا يترتب عليه شيء اذ الغرض منه أن تؤكد عدم هبتك .

والوصية من العقود التي يصح تعليقها على الشرط .

الثالث : العقد المضاف الى المستقبل ــ وهــو ما صـــدر بصيغة مضافة الى وقت مستقبل كقولك لشـــخص أجرت لك منزلي هذا من أول الشهر القادم وحكمه أنه ينعقد الآن ، لكن لا يترتب عليه استحقاقك لسكنى الدار الا في أول الشهر ، أى في الوقت المضاف اليه العقد .

والعقود من حيث اضافتها الى المستقبل تنقسم ثلاثة أقسام : مالا يكون الا مضافا الى المستقبل كالوصية والايصاء على ما سبق ذكره ، وما يجوز اضافته الى المستقبل ويجـوز تنجيزه وهو يشمل ما به تمليك المنـافع حال حيـاة المالك كالاجارة والاعارة ، وما لا تجوز اضافته الى المستقبل أصلا : كالبيع والزواج .

ومع أن الوصية عقد مضاف الى وقت الموت ــ تصح مع هذا اضافتها الى وقت قبل الموت ، والى وقت بعده (١) .

---

(١) [illegible] الوصية [illegible] المادة الرابعة .

الرابع : العقد المقترن بالشروط وهو الذى تصدر فيه الصيغة منشئة للعقد على أن يكون مقيدا بشرط معين ، أو بعبارة أخرى ما صدر فيه الايجاب أولا غير مقيد بشىء ثم أعقب بشرط زائد عليه (١) ـ كأن يقول شخص لآخر بعتك منزلى هذا بألف جنيه بشرط أن تزوج ابنى بنتك ، فيقول الآخر قبلت ٠

وقد قسم الحنفية الشرط المصاحب للعقد الى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل ٠

فالصحيح : هو ما يقتضيه العقد بحيث لو لم يذكر لكان الوفاء به واجبا بمقتضى العقد نفسه ـ مثل اشتريت منك هذه الفرس على أن تسلمها لى متى أديت اليك الثمن ، وكاشتراط تسليم الوصية للموصى له بعد موت الموصى ٠ أو يؤكد موجبه ، مثل تزوجتك على أن يكفل لى أبوك بالمهر وبما يجب لى عليك من النفقة ٠ أو يكون قد ورد به الشرع ـ كاشتراط الخيار فى البيع أو اشتراط تأجيل الثمن ٠ أو جرى به العرف المعتبر شرعا مثل أن يشترى ساعة على أن يقوم البائع بأصلاحها لمدة خمس سنوات ـ كلما احتاجت الى الاصلاح فى هذه المدة ٠

والشرط الفاسد : ما كان زائدا على ما يقتضيه العقد ، غير موافق لما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وفيه نفع لأحد العاقدين أو لانسان غيرهما ـ مثل بعتك هذا المنزل بشرط أن أسكن فيه ثلاثة أشهر بالمجان بعد البيع ، وكمن يوصى لشخص بثلث ماله على أنه اذا مات الموصى له وبقى من الوصية شىء كان لفلان ، ولا يكون لورثة الموصى له لأن الوصية عقد تمليك ، والموصى له اذا ملك الوصية كان ملكه تاما ويورث عنه ، فاشتراط أن يكون الباقى منها بعد الموت لشخص آخر لا لورثة الموصى له ينافى مقتضى العقد ٠

---

(١) ولا كذلك المعلق ، فانه ما رتب فيه وجود العقد على وجود شىء آخر ٠

والشرط الباطل : ما كان مخالفا لمقتضى العقد ، زائدا على ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لانسان غيرهما ـ مثل بعتك هذا الكتاب بشرط أن تحرقه ، أو بشرط ألا تقرأه الا كل سنة مرة ، وأوصيت لك بهذه الأرض بشرط ان تزرعها بنفسك .

والعقود من حيث اقترانها بالشرط تقسم قسمين :

الأول : يشمل العقود التي يختلف حكمها باختلاف ما يصاحبها من الشروط : فاذا اقترنت بالشرط الصحيح صحت هي ووجب الوفاء بالشرط . واذا اقترنت بالشرط الفاسد فسدت تبعا لفساد الشرط . واذا اقترنت بالشرط الباطل صحت هي ، وبطل الشرط فقط . وينتظم هذا القسم كل ما كان مبادلة مال بمال كالبيع ، أو مبادلة مال بمنفعة كالاجارة .

الثاني : يشمل العقود التي تصح اذا اقترنت بالشرط مطلقا فان كان صحيحا صحت مع الشرط ووجب الوفاء به ، وان كان فاسدا أو باطلا لم يؤثر في العقد . فيصح العقد ويلغى الشرط ، ويدخل تحت هذا القسم العقود التي لم تدخل تحت القسم الأول مما ليس فيه مبادلة مالية ، ومنها النكاح والوصية . هذا هو مسلك الحنفية في تقسيم الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم ، وبيان ما يصح منها وما لا يصح ، وما يؤثر منها في صحة العقود ومالا يؤثر . والعقود التي تؤثر فيها الشروط الفاسدة والعقود التي لا تتأثر بها . ووقفنا من ذلك على حكم الوصية المطلقة والمقترنة بشرط عندهم .

ومما هو معلوم ومقرر أن الشرع لا يوافق على كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم . ولا يحميها ، بل يقر بعضها مما يكون ملائما ومحققا لمصالح الناس ،

ويمنع بعضها مما يخالف ذلك . ومثلها في ذلك القوانين الحديثة في نظرها الى الشروط المخالفة للنظام العام .

ولما كان تحديد هذه الشروط وتعيين مدى أثرها في العقود، ومعرفة ما يجب الوفاء به وما يجب ابطاله منهاموضع اجتهاد العلماء والفقهاء ــ لما كان الأمر كذلك اختلفت وجهات النظر فيها وكان لبعض العلماء آراء تخالف رأي علماء الحنفية ، ونخص منهم بالذكر رأي كثير من الحنابلة ثم رأي الامامين ابن تيمية وابن القيم ، ثم نقفي على اثر ذلك ببيان حكم القانون :

فكثيرون من الحنابلة توسعوا في الشروط التي تجب مراعاتها ويجب الوفاء بها ، ويؤخذ من أصولهم ان كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهي عنه وعلى عدم اعتباره ــ فهو شرط صحيح واجب المراعاة والاعتبار من غير تقييد بمقتضى العقد ، فالأساس في صحة الشرط عندهم ووجوب الوفاء به ألا يخالف كتاب الله ولا سنة رسوله ولا تمنع منه قواعد الشرع ، وذلك لأن الناس عند شروطهم ، وعليهم رعاية عهودهم ، ولهذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي يقترن بها عقد الزواج ــ مادامت لا تخالف الأساس المذكور كاشتراط المرأة ألا يتزوج الرجل عليها وألا ينتقل من بلدها : فيجوز لها فسخ النكاح اذا تزوج عليها ، وأجازوا اشتراط البائع ــ في البيع ــ سكنى الدار المبيعة سنة مثلا ، ونحو ذلك .

أما الامامان ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية فهما ــ وان كانا من الحنابلة ــ قد سلكا مسلكا آخر ضيقا به في الشروط التي تشترط في الأوقاف والوصايا ــ سدا لباب الفساد ، ومراعاة لمقاصد الشرع ... ، فقالا : ان كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشرع العامة يكون باطلا ، وان لم يرد فيه نهي خاص ، وقد توسعا في معنى هذه المقاصدالشرعية ، وفي ابطال الشروط اذا كانت مخالفة لها وقررا أن مثل

هذه الشروط الباطلة لا تؤثر فى العقد . ومن أمثلة ذلك عندهما أشتراط عدم الزواج فى الاستحقاق فى الوقف او فى الدخول فى الوصية ـ فالحنفيه لا يرون فى مثل هذا الشرط ما يوجب ابطاله لأنه لم يرد نهى عنه فيعتبرونه شرطا صحيحا واجب المراعاة . آما ابن تيمية وابن القيم ومن وافقهما فانهم يرون فيه مخالفة لمقاصد الشرع التى منها الترغيب فى الزواج والحث عليه، ومنع الفساد ؛ فان الامتناع عن الزواج ـ رغبة فى المال ـ قد يؤدى الى أسوأ العواقب(١) ولهذا فهم يبطلون أمثال هذه الشروط .

وجاء قانون الوصية فى مادته الرابعة ـ فقضى بصحة الوصية المضافة ، ولأن الوصية لا تكون منجزة وانما هى بمعناها الشرعى مضافة الى وقت الموت ـ كان المراد من عبارة المادة صحة اضافتها الى وقت قبل الموت (٢) والى وقت بعده كما جاء فى المذكرة التفسيرية ـ كذلك قضت المادة المذكورة بصحة الوصية المعلقة بالشرط أو المقترنة به مع وجوب مراعاة الشرط إن كان صحيحا ، وأحكامها فى كل ذلك وفق مذهب الحنفية (٣) .

ولكنها حينما عرضت لبيان الشرط الصحيح ، وغير الصحيح ، وما لا يؤثر من الشروط الباطلة فى صحة الوصية، وما يؤثر منها فى صحتها ـ لم تقتصر فى ذلك على رأى الحنفية ، بل ضمت اليه رأى الامامين ابن تيمية وابن القيم؛ وكأنها جعلت من الرأيين رأيا ثالثا يعتبر مقبولا فى ذاته ، ويعد توفيقا وجمعا حسنا بين الرأيين :

فعرفت الشرط الصحيح ـ وهو ما تجب مراعاته فى الوصية ـ بأنه ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو

---

(١) راجع شرح قانون الوصية للعالم الجليل الأستاذ محمد أبو زهرة من ص ٣٨ الى ص ٤٦ .

(٢) كأن يقول أوصيت لك بمنزلى من أول السنة الهجرية المقبلة .

(٣) المذكرة التفسيرية .

لغيرهما ، ولم يكن منهيا عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة : فمثال ما فيه مصلحة للموصى أن يشترط في تنفيذ وصاياه البدء بأداء ما فاته من واجبات كالزكاة والحج ، ومثال ما فيه مصلحة للموصى له اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه ؛ ومثال ما يكون فيه مصلحة لغيرهما أن يوصى بمنفعة أرض من ماله لجهة من جهات البر — على أن يكون لجاره فلان — ما دام حيا — حق تصريف المياه من الأرض التى أوصى بها . ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط في وصيته تخصيص قدر معين منها يكون أجرة للنائحة ، ومثال الشروط المنافية لمقاصد الشرع ما اذا أوصى لامرأة بشرط ألا تتزوج .

وبناء على ذلك فالقانون رأى أن الشرط لا يكون صحيحا الا اذا اجتمعت فيه ثلاثة أمور : أحدها أن يكون فيه مصلحة بينة بحيث لا يكون اشتراطه عبثا ، وقرر بأن هذه المصلحة تراعى ما دامت قائمة ، فاذا زالت المصلحة المقصودة من الشرط لغى اعتبارها كما اذا أوصى لطلبة من العلم بأن يعطى كل واحد منهم كل يوم مقدارا معينا من الخبز ، وكانت مصلحتهم فى ذلك نفذت الوصية على هذا الوجه . أما اذا تبدلت الأحوال وصارت المصلحة تقضى بصرف نقود لهم فان الوصية تنفذ على الوجه الذى يكون فيه مصلحتهم . ثانيها ألا يكون الشرط منهيا عنه . ثالثها ألا يكون منافيا لمقاصد الشريعة .

فاذا لم تتوافر فى الشرط الذى اقترنت به الوصية هذه الأمور أو اختل واحد منها كان الشرط باطلا فى نظر القانون ، وقد فسرت المذكرة الايضاحية الشرط الباطل بما يجمع بين معناه عند الحنفية ومعناه عند ابن تيمية وابن القيم — فقالت : انه عند الحنفية ما كان مخالفا لمقتضى العقد كما اذا أوصى لشخص بأرض على أن يجعلها بستانا ، أو أوصى له بثلث ماله على أنه اذا مات الموصى له وبقى من الوصية شىء كان لفلان لا لورثة الموصى له . ثم قالت : ان الشرط الباطل عند ابن تيمية وابن القيم ما كان مخالفا لمقتضى

المنـد أو مقاصـد الشرع ، كمـا اذا أوصى لامرأة بشرط الا تتزوج ، أو أوصى لرجل بشرط ان يقتل خصمه أو يهجر أباه أو ياتي أمرا ينافي الآداب العامة أو غير ذلك مما هـو ممنوع شرعا .

ولا تتأثر الوصية بالشرط الباطل اذا اقترنت به ، بل تصح الـوصية ولا يراعى الشرط ان كان غير صـحيح ، أو زالت المصلحة المقصودة منه ــ كما نصت عـلى ذلك المـادة الرابعة التي اقتبست أحكامهـا من مذهب الحنفيـة ورأى الامامين المذكورين .

ويستثني ــ قانونا ــ من عدم تاثير الشروط الباطلة في صحة الوصية الشروط التي تجعل الوصية محضة للمعصية لو نفذت ، أو تدل على أن الباعث عليها مناف لمقاصد الشرع . وليس في عبارة الموصى ما يدل على توجيهها الى أمر مشروع أن لم ينفذ الشرط ــ ففي هذه الحالة يؤثر الشرط الباطل في الـوصية فيبطلهـا (١) . ومن أمثلة ذلك ما اذا أوصى باتخاذ ملمأم بعد موته بشرط أن تجتمع له (النائحات) . او أوصى لناد أقيم للميسر بشرط استمرار المقامرة فيـه ــ فهذه الوصية باطلة ، لأنهـا وصـية بمعصية ، ولا يمـكن تنفيذها في ناحية صالحة ــ ولأن هذا الاشتراط دليل عـلى أن الباعث عليها مناف لمقاصد الشرع ــ فتبطل . « تراجع المادتان الثـالثة ، والرابعـة ، من القـانون مع المـذكرة التفسيرية » .

(أ) شروط الوصية

نرسم هنـا صـورة عامة لشروط الـوصية في مختلف المذاهب ــ لنتقف منها ــ بوجه عام ــ على وجـوه التمـاثل

(١) عملا بمقتضى المادة الثالثة من القانون التي تقول : « يشترط في صحة الوصيـة الا تكون بمعصية ، والا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع » .

والتوافق بينها ، كما تعرف أهم المواطن التي وقع فيها الاختلاف ، ونخص بنوع من التفصيل أهم المباحث الخاصة بهذه الشروط ، وذلك لأن الاستقصاء غير مستطاع ، وإذا كان مستطاعا فهناك من مواطن الاختلاف في الفروع والجزئيات مالا يتعلق به أمر ذو بال .

أولا : شروط الوصية عند الحنفية : منها ما يشترط في الموصي ، ومنها ما يشترط في الموصى له ، ومنها مايشترط في الموصى به .

(أ) شروط الموصي : يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون بالغا عاقلا حرا ، فلا تصح من الصبي ولو كان مميزا مأذونا له بالتجارة لأنها من التصرفات الضارة ضررا محضا اذ هي تبرع كما أنها ليست من أعمال التجارة . ولو أضافها الى بلوغه لا تصح أيضا لعدم الأهلية عند الاضافة . غير أن وصية الصغير المميز تصح اذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مراعاة المصلحة . كذلك لا تصح وصية فاقد الأهلية كالمجنون ولا المحجور عليه لأي سبب ، غير أن وصية السفيه تصح في سبل الخير من ثلث ماله ان كان له وارث ـ لأن الحجر عليه (١) كان لمصلحته حتى لا يصير كلا على غيره ، وما أوصى به لا يملك الا بعد الموت ، وليس في تلك الوصية اضرار به ، بل هي مفيدة له لما يترتب عليها من الثواب .

كذلك يشترط في الموصي أن يكون راضيا مختارا : فلا تصح وصية المكره ، والمخطىء والهازل ـ لفوات شرط الرضا ، ويشترط لنفاذ الوصية في الموصي الا يكون عليه دين مستغرق لتركته لأن إيفاء الدين مقدم على تنفيذ الوصية ، ولذا لا تصح وصية المدين ان كان الدين محيطا بماله الا باجازة الغرماء أو ابرائهم ، وقدم الدين لأنه أهم لكونه فرضا ـ والوصية بغير الواجب تبرع ، وهي بالواجب

---

(١) الحجر على السفيه : رأى الصاحبين : اما الامام أبو حنيفة فلا يرى الحجر عليه .

واجبة إلا أن حق العبد مقدم عند الحنفية (١) : وان كان الدين غير مستغرق ــ أخرج الدين أولا اذا لم يبرئه منه الدائنون ، ونفذت الوصية فيما بقى بشروطها . ــ قال على رضى الله عنه : « انكم تقرؤون الوصية قبل الدين ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين » أى يقول : الدين قبل الوصية ، ولقائل أن يقول : اذا كان الدين مقدما على الوصية فى الحكم ــ فلماذا قدمت الوصية على الدين فى الذكر ، وهذا فى قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، والجواب أن الوصية مشبهة للميراث فى كونها مأخوذة من غير عوض ــ فكان اخراجها مما يشق على الورثة ، ولا تطيب أنفسهم بها وكان أداؤها لذلك مظنة للتفريط بخلاف الدين ، فان النفوس مطمئنة الى أدائه ــ فلذلك قدمت على الدين ــ حثا على المسارعة الى اخراجها مع الدين ، ولذلك جيء بكلمة (أو) للتسوية بينهما فى الوجوب (٢) .

والقانون فى مادته الخامسة اشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا وقضت هذه المادة بأنه لا تجوز وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة الا باذن المجلس الحسبى ، كما قضت أيضا بعدم جواز وصية القاصر الا اذا بلغ ثمانى عشرة سنة شمسية ، وأذن له المجلس الحسبى .

وبذلك يكون قد وافق مذهب الحنفية فى بعض ما ذهب اليه دون بعض : فهو قد وافقه فى اشتراط أهلية التبرع ، ولكنه قيدها بالأهلية القانونية ، وخالفه فى تقييد جواز وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة باذن المجلس الحسبى ولو كانت بالثلث فى سبيل الخير ، وأجاز وصيته باذن ذلك المجلس ولو كانت فى غير القرب كما خالفه فى عدم جواز وصية من بلغ قبل سن الثمانى عشرة أو بلغها ولم يأذن له المجلس . وقد سوغت المذكرة التفسيرية ذلك ــ بوجه عام ــ

---

(١) تبين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٥ .

(٢) تبين الحقائق وحاشية الشلبى عليه جـ ٦ ص ١٨٥ .

بأن الوصية تصرف مالى ، والمصلحة تقضى بأن يكون المتصرف رشيدا طبقا لقانون المجالس الحسبية وأحكام الولاية على المال ، وأن هناك أقوالا في مذهب المالكية وغيره تقضى بأن البالغ بالعلامات الطبيعية أو بالسن يعتبر سفيها محجورا عن التصرف حتى يرشد ان كان له ولى ، وحتى يطلقه القاضى من الحجر ان كان له وصى ، وهو لا يعد رشيدا ، ولا يطلقه القاضى من الحجر فى نظر القانون المصرى الخاص بأحكام الولاية على المال الا اذا بلغ احدى وعشرين سنة شمسية (١). على أن هذا القانون قد أجاز للقاصر اذا بلغ ثمانى عشرة (٢) بعض التصرفات بشروط عينها ، ومن تم أجازت المادة الخامسة المذكورة من قانون الوصية لمن بلغ من العمر هذه السن أن يوصى باذن المجلس الحسبى •

(ب) شروط الموصى له

١ ــ أن يكون موجودا وقت الوصية ان كان الموصى له معينا من أهل الاستحقاق ــ سواء أكان تعيينه بالاسم أم بالاشارة ونحوها ، فاذا لم يكن معينا بالاسم ولا بالاشارة اشترط وجوده وقت موت الموصى فقط لأنه وقت ثبوت الملك : فلو أوصى بالثلث لبنى فلان ، وسماهم أو أشار اليهم اشترط وجودهم وقت الايجاب ، ومن مات منهم قبل موت الموصى فلا يستحق شيئا فى الوصية ، أما اذا لم يسمهم ولم يشر اليهم وكانوا محصورين استحق الوصية منهم من كان موجودا وقت موت الموصى سواء أكانوا موجودين وقت الوصية أم لا » (٣) •

---

(١) راجع المذكرة التفسيرية لقانون الوصية (المادة الخامسة) •

(٢) لعل تحديده هذه السن مأخوذ من رأى أبى حنيفة القائل ببلوغ الغلام اذا بلغ ١٨ سنة عند عدم ظهور علامات البلوغ •

(٣) وانما اشترط وجود الموصى له وقت الوصية اذا كان معينا لأن الايجاب انعقد على فرض وجوده فاذا تبين عدمه بطل الايجاب الذى صدر مرتبطا به ، ولا كذلك اذا كان غير معين فانه يشترط وجوده وقت الموت فقط لأن الايجاب صدر صحيحا فى ذاته لعدم ارتباطه بمعين ، وانما اشترط وجوده وقت الموت حتى يكون أهلا للتملك والاستحقاق وقت ثبوت الملك بالوصية •

والقانون في مادته السادسة وافق الحنفية فيما اذا كان الموصى له معينا بالاسم أو بالاشارة أو بالوصف المميز له عن غيره : كالوصية لمحمد ابن فلان أو لهذا الحمل أو للبكر من أولاد فلان الميت • فانه يلزم أن يكون الموصى له موجودا حين الوصية والا بطلت • ولكنه خالفهم فيما اذا كان الموصى له غير معين كالوصية لأولاد فلان ، فلا يشترط في نظر القانون وجوده حين الوصية ولا عند موت الموصى — وقالت المذكرة التفسيرية ان هذا هو مذهب الامام مالك • وسيأتي بيانه فيما بعد • واستثنى القانون من حكمه السابق الذى خالف فيه مذهب الحنفية الوصية بالمرتبات لغير معين، فانها لا تصح الا بالنسبة للموجود من الموصى لهم وقت موت الموصى من الطبقتين الأوليين (١) فقط — كما تدل على ذلك المادة ٧٠ من قانون الوصية • ففي هذه الحالة اشترط القانون وجود الموصى له وقت موت الموصى — أخذاً بمذهب الحنفية •

ثم ان وجود الموصى له حين الوصية الذى اشترط لصحتها — اذا كان معينا بالاسم أو الاشارة أو نحوهما — يشمل الوجود الحقيقي ، وهو ظاهر ، والوجود التقديرى كما في الحمل : فان الوصية له صحيحة متى تحقق وجوده شرعا وقت الوصية ، وتحقق وجوده في هذا الوقت يكون بما يأتي :

١ — ان كانت الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة أو حكما كما في عدة الطلاق الرجعي — وجب أن تجيء به أمه لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية اذ لو ولد لستة أشهر أو لأكثر احتمل وجوده وعدمه فلا تصح • وذلك مبني على

---

(١) هذا مبنى على أن قانون الوصية في المادة ٢٩ لم يجز الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين ، وذلك برأى اجتهادى ليتفق قانون الوصية مع قانون الوقف • وقد بنى هذا الرأى على أن الذرية قد تتكاثر فتقل الأنصبة وتتضاءل مع فساد الادارة ، وقلة ما تغله الأعيان — فرؤى قصر الانتفاع على طبقتين • وقالت المذكرة التفسيرية عند بيانها للمادة ٢٩ ان الوصية تبطل فيما زاد عليهما — أخذا من مذهب ابن أبي ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع • وقالت ان صحة الوصية للطبقتين مبنى على مذهب الامام مالك — راجع المادة المذكورة مع المذكرة التفسيرية •

أن أقل مدة الحمل عند الفقهاء ستة أشهر ، فاذا ولدته لأقل من ستة أشهر ـ علم أن الولد كان موجودا بيقين عند الوصية ٠

هذا اذا لم يقر الموصي بانها حامل ، فان اقر بذلك ثبتت الوصية للحمل ان وضعته ما بين سنتين من وقت الوصية لأن وجوده في البطن عندالوصية ثبت باقرارالموصي، وهو غير متهم فيه ، فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة اشهر (١) ٠

٢ ـ وان كانت الحامل معتدة حين الوصية من طلاق بائن ، أو متوفى عنها زوجها ـ اشترط لصحة الوصية أن تأتي به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الموت ، ولو كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ، اذ بذلك يثبت وجوده عند الوصية حكما بدليل أن النسب يثبت من المطلق أو المتوفى باعتبار أنها علقت به قبل طلاقها أو قبل موته ٠ وهذا مبنى على أن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان ٠

والفرق بين الحالتين أن المباشرة اذا كانت حلالا وكان الزوج متمكنا منها أحيل بالعلوق الى أقرب الأوقات، فلا يتيقن بوجود الحمل الا اذا أتت به لأقل من ستة أشهر ٠ وفي حالة الطلاق البائن أو الموت يحال بالعلوق الى أبعد الأوقات (٢) حملا لأمرها على الصلاح ، واحتياطا ضروريا لمصلحة الولد واعتبار أقل مدة الحمل في الحالة الأولى ـ غير مسلم به ـ لأن الأحكام لا تبنى على النادر القليل ، وهو اعتبار أقل مدة الحمل اذا كانت الزوجية قائمة ، بل كان ينبغي أن تبنى الأحكام على الغالب الكثير الذى لا يكاد يتخلف وهو تسعة أشهر ، فيحكم بصحة الوصية للحمل في حالة قيام الزوجية اذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية ٠

---

(١) الجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٢ للطبعة الميمنية ٠
(٢) حاشية الشلبي على الزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦ ٠

وكما تصح الوصية لحمل الانسان ـ تصح أيضا لحمل الحيوان لينفق عليه من الموصى به (١) ، وكذلك تصح الوصية بالحمل ـ كما اذا أوصى لفلان بحمل بقرته هذه بشرط أن يتحقق من وجوده وقت موت الموصى (٢) ، وصحت الوصية بالحمل ـ لأنه يجرى فيه الارث ، فتجرى فيه الوصية لأنها أخته ٠

كذلك يشترط ـ لاستحقاق الحمل الوصية أن تضعه أمه ـ كله أو أكثره حيا ، ويلاحظ أنها اذا ولدت ولدين فانهما يقتسمان الموصى به ، فاذا ولد أحدهما ميتا استحق الآخر كل الموصى به ٠

ومع أن الحنفية يقولون بصحة الوصية للحمل ـ بشرطه المتقدم ـ يقولون ان الهبة للحمل لا تصح ـ لأن الهبة من شرطها القبول والقبض ، ولا يتصور ذلك من الجنين ، ولا يلى عليه أحد حتى يقبل ويقبض عنه ـ فصار كالبيع (٣) ٠

وقد فرقوا بين الوصية للحمل والهبة له ـ بأن الهبة تمليك محض ، والملك بالهبة انما يثبت بالقبول والقبض ٠ والجنين غير صالح لذلك ، ولا ولاية لأحد عليه حتى يقبل ويقبض بالنيابة عنه ٠

أما الوصية فهى تمليك من وجه ، واستخلاف من وجه ـ أى انها تشبه الهبة والميراث : فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا أمكن ، ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن ـ عملا بالشبهين (٤) ٠

وأساس الفرق بين حكم الوصية للحمل ، وحكم الهبة له ـ عند الحنفية ـ هو تلك القاعدة المشهورة المذكورة فى

---

(١) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٣٨ ٠

(٢) الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ نقلا عن الكافى ٠

(٣) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ ٠

(٤) المصدر السابق ٠

بعض كتبهم (١) : الحمل لا يلى ولا يولى عليه ، وأن الوصية استخلاف من وجه ، فتصح بلا قبول، حيث يتعذر من الجنين، وتكون كالميراث لأنها أخته . ولا كذلك الهبة ، فانها تمليك محض فلابد فيها من القبول، وقد اشترط لتمامها القبض(٢)، ولا ولى له حتى يقوم بذلك .

أما ان الحمل لا يلى فأمره واضح لأنه على فرض وجوده ، ثم ولادته حيا — لا يصلح للولاية على غيره لأنه فاقد الأهلية لعدم تمييزه .

وأما أنه لا يولى عليه — فقد ذكروا فى تعليله أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه الى النظر ، ولا حاجة للجنين الى ذلك ، ولأن الجنين فى حكم جزء من أجزاء الأم ، وكما

---

(١) الدر المختار .

(٢) القول باشتراط القبض فى الهبة ليس متفقا عليه بين الأئمة — انما هو قول الحنفية والثورى والشافعى : فلا يثبت الملك عندهم للموهوب له قبل القبض ، ولا يملك مطالبة الواهب بالموهوب قبل قبضه . وفى بداية المجتهد : قال مالك : تنعقد بالقول ، ويجبر على القبض كالبيع فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا ، فلا هو شرط صحة ، ولا هو شرط تمام عندهما ، وهو قول أهل الظاهر ، وروى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها فى المكيل والموزون « راجع الجزء الثانى من بداية المجتهد ص ٢٨٤ طبعة الحلبى سنة ١٣٣٩هـ » .

استدل من لم يشترط القبض بتشبيه الهبة بالبيع ، وأن الأصل فى العقود ألا يشترط قبض لصحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض ، واستدل من اشتراط القبض بما روته عائشة رضى الله عنها : أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة — فلما حضرته الوفاة قال : يا بنية انى كنت نحلتك جاد عشرين وسقا ، ولو كنت جددته واحترثته كان لك وانما هو اليوم مال وارث ، فاقتسموه على كتاب الله » ولأن الهبة عقد تبرع ، وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به ، وهو التسليم — فلا يصح ، ولأنها عقد ضعيف لعدم العوض فيه — فاحتاج الى تقويته بالقبض . وانما لم يشترط القبض فى الوصية من اشترطه فى الهبة مع أن كلا منهما عقد تبرع — لأن أوان ثبوت الملك فى الوصية بعد الموت ، ولا الزام على المتبرع لعدم أهليته اللزوم ، وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلا يملكها « راجع كتب الحنفية فى الهبة » . والقانون المدنى اشترط لصحة الهبة فى العقار ، صدورها بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، وفى المنقول اكتفى لتمامها بالقبض « المادة ٤٨٨ مدنى » .

لا يثبت للأب الولاية على الأم ، فكذلك لا يثبت على ما هو من أجزائها (١) ٠

والعلة الثانية مغالطة واضحة ، فلسنا فى حاجة الى تفنيدها ٠ أما العلة الأولى فنحن لا نسلم بها لأن الجنين فى حاجة الى النظر : فقد يكون الشيء الموقوف له ــ ارثا أو وصية ــ مما يخشى عليه التلف ٠ وقد يكون حيوانا تستغرقه مئونته بالنفقة ، ونحو ذلك ٠ وهذا يقتضى وجود ولى أو وصى عليه ينظر فى الأمر بما يحقق المصلحة ، ويدفع الضر عنه ، وكيف غاب عن الحنفية ــ وهم الذين يكثرون من استعمال القياس ، ويراعون قواعد الشريعة العامة قاعدة : « الضرر يزال » ، وما ذكروه فى أساس ثبوت الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها كالصغير والمعتوه والمجنون ــ من انه عجز كل واحد منهم عن النظر فى شئون نفسه ، فكان من رحمة الشارع بهم نصب الولاية عليهم لأجل مصلحة النفس والمال ٠ ولا شك أن هذا متحقق بالنسبة للجنين ٠

لذلك نرى فى مذهب الشافعية وغيرهم أساسا لثبوت الولاية على الجنين (٢) وقد تقدم بيان ذلك فى مبحث قبول الوصية ، بل نرى أيضا من علماء الحنفية المتاخرين من يشق عليه قبول القاعدة المذكورة ، فيقول : يصح نصب ولى أو وصى عليه (٣) كالحموى وابن الشلبى ، ومنهم من وفق فقال : ان نصب وصى على الجنين يصح ، ولكنه موقوف الى الولادة ٠ وعلى الرغم من ذلك فان النقل عند الحنفية ــ فى عدم ولاية الأب والوصى على الجنين ــ متظاهر كثير ٠

ولوضوح ما قلناه فى الرد على الحنفية ، وعملا ببعض (٤) المذاهب الأخرى جاءت المادة ٢٠ من قانون الوصية مقررة أن الموصى له اذا كان جنينا يكون قبول

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٢ ٠

(٢) المذكرة التفسيرية عند توضيح المادة ٢٠ من قانون الوصية ٠

(٣) ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ ــ الطبعة الميمنية ٠

(٤) مذهب الشافعية كما ذكرته المذكرة الايضاحية ٠

الوصية أو ردها ممن له الـولاية على ماله بعـد اذن المجلس الحسبى ٠

وكذلك جاءت المادتان ٢٨ ، ٢٩ من القـانون الخاص بأحكام الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ــ مقررتين ثبوت الوصاية على الحمل المستكن ــ ونص الأول :

« يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر ، أو للحمل المستكن ٠٠ الى آخر المادة » ونص الثانية :

« اذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختـار ــ تعين المحكمه وصيا » ٠

ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ــ ما لـم تعين المحكمة غيره » ولا شك أن هذا مما تنطبق عليه قواعـد الشريعة العامة ، ولا يمنع منه كتاب ولا سنة ، ولا مصـلحة عامة ولا خاصة مادام الملاحظ في ذلك تحقيق مصلحة القاصر أو الجنين ــ بعد اذن المحكمة الحسبية ٠

ولا يخفى عليك بعد هذا معـرفة حـكم كل من الهبـة والوصية للحمل بعد اذ عرفت مشروعية الولاية والوصـاية عليه عند بعض الفقهاء ، وفى نظـر القانـون ولا بأس أن تستأنس في ذلك بالمادة ٢٠ من قانون الوصية وبالمادتين ١٢ ، ٣٩ من قانون أحكام الولاية على المال ٠

٢ ــ الشرط الثاني من شروط الموصى له أن يكون اهلا للتملك والاستحقاق ، فلا تصح الوصية لما ليس أهلا للملك ــ كما اذا أوصى بهذا التبن لدواب فلان فان هـذه الصيغة تفيد أنه جعل الموصى به ملكا للدواب ٠ وهى ليست من أهل الملك ــ نظرا الى لفظ الموصى لا الى قصـده (١) ، ولو قال يعلف به دواب فلان جاز ، كما لو أوصى بأن ينفق على فرس فلان كل شهر كذا فانه يجوز وتكون وصية لصاحب الفرس ،

---

(١) رد المحتار ج ٥ والفقه على المذاهب الأربعة ٠

وتبطل ببيعها وموتها ٠ وما قاله الحنفية في الوصية للدواب والتفرقة بين الصورتين غير مقبول لأن القرائن قاطعة في أنه يريد من الوصية بالتبن للدواب علفها ، فكان ذلك مثل التصريح به ــ تصحيحا لكلامه ورعاية لقصده الذى قام عليه الدليل ــ فكان ينبغي ــ بناء على ذلك ــ تصحيح الوصية في الصورتين كلتيهما ٠ ولو قال أوصيت بثلث مالى لله تعالى فالوصية باطلة في قول أبى حنيفة ، وقال محمد جائزة ٠ ويصرف الى وجوه البر ، وبه يفتى ٠ وقول محمد واضح قوى ، ولو أوصى للمسجد الحرام بشيء لم يجز الا أن يقول : ينفق على المسجد لأنه ليس من أهل الملك ، وذكر النفقة بمنزلة النص على مصالحه ، وعند محمد يصح كما في المثال السابق ، ويصرف الى مصالحه ــ تصحيحا لكلامه (١) ٠

٣ ــ ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن رفعها ، وقد عبر القانون في مادته السادسة عن ذلك الشرط بقوله « أن يكون معلوما » كما جاء في الدر المختار ــ وذلك لأن هذه الجهالة مخلة بالمقصود من الوصية ، وهى تسليم الموصى به الى الموصى له ــ كالوصية لرجل من الناس ، والوصية لمحمد أو عمرو (٢) بالثلث ، او لمن لا يحصون كالمسلمين الا اذا كان في اللفظ ما يشعر بالحاجة كما لو أوصى لفقراء المسلمين ، أو لفقراء مكة ٠ فان الوصية تصح لأنها وصية بالصدقة والصدقة لله تعالى ، وهو معلوم (٣) ، ويخرج من العهد بالصرف الى واحد عند الشيخين لأن ذكر الفقراء لا يراد به الا بيان المصرف ٠ وقال محمد لابد من الصرف الى اثنين على الأقل لأنه أقل عدد يتحقق به معنى الجمع ٠ وتصح الوصية أيضا اذا قال أوصيت بثلث مالى لأعمال البر دون أن يعين مصرفا ، وتصرف في وجوه الخير ــ

(١) الجزء الخامس من رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ ٠

(٢) هذه الوصية باطلة عند أبى حنيفة لجهالة الموصى له ، وعند أبى يوسف لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث وعند محمد يخير الورثة فايهما شاءوا أعطوا ــ راجع الدر المختار

(٣) المذكرة التفسيرية للمادة ٦ ٠

كبناء المساجد والمدارس ، والانفاق على طلبة العلم ، كما تصح الوصية للمساجد والمدارس والمستشفيات والملاجىء والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ــ على الراجح ــ وتصرف على عمارتها وفقرائها ومصالحها وغير ذلك من شئونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ٠

والقانون في مادته السابعة أقر تلك الأحكام ــ أخذا من مذهب الحنفية ــ ولكنه في مادته الثامنة أتى بحكم جديد مأخوذ من مذهب المالكية الذى يقر مبدأ جواز الوصية للمعدوم ، وخلاصتها أنه تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا كالوصية للملجأ الذى سيبنى في الحى الفلانى ، فان هذه الوصية صحيحة في مذهب المالكية(١) ثم قضت تلك المادة ببطلان الوصية ان تعذر وجود تلك الجهة وذلك لانعدام ما كان محلا لها وللوقوف عند رغبة الموصى ، فلا يصرف ماله الى ما لم يأذن بصرفه فيه ٠ ولست أرى ضيرا في تصحيح وصيته مع صرفها لجهة أخرى من جهات البر ــ تكون أشبه بالجهة التى عينها الموصى ــ ما دمنا قد راعينا التوسعة في الوصية ، وأجزنا فيها ما لم نجزه في غيرها ٠ وقد كان في المشروع الحكومى ــ قبل أن توضع المادة الثامنة في صيغتها الحالية ــ توجيه الوصية في هذه الحالة الى جهة أخرى من جهات البر « راجع المذكرة التفسيرية » ٠

٤ ــ ألا يكون الموصى له حربيا في دار الحرب ٠ فان كان كذلك بطلت الوصية له ، سواء أكانت من المسلم أم من الذمى ــ لأن الارث ممتنع لتباين الدارين ، فكذا الوصية لأنه أخته (٢) ، ولأن فيها برا به ، واعانة على حربنا ، وفي تكثير مال الحربيين اضرار بالمسلمين ، وصار كما لو أوصى

---

(١) المذكرة التفسيرية المادة ٨ ٠

(٢) ذكر هذه العلة صاحب الهداية والامام الزيلعى في كتابه تبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٦ ــ مع أنها لا تتفق مع الأظهر في المذاهب من صحة الوصية للحربى المستأمن مع اختلاف الدار ، ولا تتفق أيضا مع الحكم بصحة وصية المستأمن لكل من المسلم والذمى ــ على أن قياس الوصية على الارث منقوض بعدة مسائل ــ سيذكر بعضها ــ فيما بعد ٠

نهم بالسلاح (١) ، وقد نهينا عن برهم بقـول الله تعـالى : « انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وآخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجـكم آن تولوهم ، ومن يتـولهم فأولئك هم الظالمون » • وهى غير صحيحة وان آجازت الورثة لأن عدم الجواز لحق الشرع لا لحق الورثة ، ولأن الحـربى فى داره كالميت فى حقنا ، والوصية للميت باطلة •

أما الحربى المستأمن وهو الذى دخل دار الاسلام بأمان فان الوصية له صحيحة سواء آكانت من المسلم آم من الذمى لآنه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ، ولهذا تصح عقـود التمليك منـه ، ويصـح تبرعه • وعن أبى حنيفة وأبى يوسف عدم جواز الوصية للمستأمن لأنه من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ، فهو فى داره حكما حتى يمـكن من الرجوع اليها فصارت كالارث • والأول أظهر لأن الـوصية تمليك مبتدأ ولهذا تجوز للذمى بخلاف الارث (٢) •

ووصية الحربى المستأمن للمسلم أو الذمى جائزة ولـو بكل ماله اذا كانت ورثته فى دار الحرب لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الـورثة ، وليس لورثتـه حق مرعى لكونهم فى دار الحـرب ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقـه لا لحـق ورثتـه — ولـو أوصى ببعض ماله أخـذت الوصية ، ويرد البـاقى عـلى ورثته — مراعاة لحق المسـتأمن لأن من حقـه تسـليم ماله الى ورثتـه عنـد الفـراغ من حاجتـه ، وما زاد عـلى مقـدار ما أوصى به فارغ عن ذلك • أما اذا كان ورثته معه فى دار الاسـلام فان وصيته فيما زاد على الثلث تتوقف على اجازتهم (٣) •
وعلل الزيلعى فى كتابه تبيين الحقائق صحة وصية الحربى المستأمن للمسلم أو الذمى بأنه أهل للتمليك منجز كالهبـة

---

(١) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٦ ص ١٨٤ •
(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٤٦١ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٦ •
(٣) الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٤٣٣ والعناية على الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ •

ونحوها ، فكذا يكون أهلا للتمليك مضافا (١) الى ما بعد الموت ٠

وقد ذكر شراح الجامع الصغير أن ـ في السير الكبير ـ ما يدل على جواز الوصية للحربي (٢) ، واضطربت الكتب في عبارة ـ السير الكبير ـ واختلف الشراح في فهم المراد منها ، وفي وجوه التوفيق بين ما تدل عليه . وبين ما هو معروف ـ في المذهب الحنفي ـ من عدم جواز الوصية للحربي اذا كان في دار الحرب ٠

وقد قيل في هذا الشأن ـ كما في رد المحتار ـ ان المراد بما يدل على الجواز ـ هو ما ذكر في شرح السير الكبير للسرخسي : من أنه لا بأس أن يصل الرجل المسلم ـ المشرك، قريبا كان أو بعيدا ، محاربا كان أو ذميا ـ لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ بعث بخمسمائة دينار الى مكة حين قحط أهلها لتفرق على فقرائها ، وهذا لأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل ، وفي كل دين وحينئذ ـ فما في السير ـ انما يدل على جواز الصلة دون الوصية ـ خلافا لما فهمه شراح الجامع الصغير ، ويكون الخلاف في جواز صلة الحربي فقط ٠ وقد نقل عن الامام محمد ما يفيد جواز الهدية له اذ قال : « ولا بأس أيضا بالهدية الى المشرك المحارب ما لم يهد اليه سلاح أو درع » على أن تعليل الحنفية لعدم صحة الوصية للحربي في داره ـ بأنه كالميت ـ يقتضي عدم جواز الوصية له ، وتعليلهم لذلك بالنهي عن البر ـ يقتضي عدم جواز كل من الوصية والصلة (٣) ٠

والخلاصة أن الثابت في المذهب ـ هو عدم جواز الوصية للحربي في داره قال العيني في شرحه : ولا تصح للحربي عندنا ـ خلافا للثلاثة (٤) ٠

---

(١) تبيين الحقائق ج ٦ ص ٣٠٥ ٠

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٢ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٤ ٠

(٣) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٣ ٠

(٤) حاشية الشلبي على الزيلعي ج ٦ ص ١٨٤ ٠

ومما اشتملت عليه المادة التاسعة من قانون الوصية — حكمها بصحة الوصية مع اختلاف الدارين الا اذا كان الموصي تابعا لبلد اسلامي ، وكان الموصى له أجنبيا غير مسلم تابعا لبلد غير اسلامي — تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي — ففي هذه الحالة لا تصح الوصية — لأن تحقيق المساواة ، والمعاملة بالمثل — اقتضيا عدم صحة الوصية فيها مع اختلاف الدار • وقالت المذكرة التفسيرية : ان هذه الحالة المستثناة مأخوذة مما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف (١) ، كما قالت ان دور الاسلام كلها دار واحدة — ليس بين تابعيها اختلاف دار ، وقالت ان المراد بالبلد الاسلامي ما كان تحت حكم المسلمين أو كان تحت حكم غيرهم ، وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبها مقامة فيه •

وفى رأينا أنه كان من المستحسن أن تقتصر المذكرة التفسيرية فى تسويغ هذا الحكم على ما تقتضيه المساواة والمعاملة بالمثل — لأن الأظهر فى المذهب الحنفى جواز وصية كل من المسلم والذمي للحربى المستأمن وان كانا مختلفين دارا (٢) ، ورجحوا ذلك على ما روى عن الشيخين من عدم الجواز • ولأن المذهب الحنفى ، بالاتفاق بين أئمته — لا عند الشيخين فقط — يقضى بعدم صحة الوصية للحربى فى داره سواء أكانت من المسلم أم من الذمي — على ما سبق بيانه — من غير تقييد بما عليه قانون الموصى له — فهى غير جائزة وان كانت شريعة الموصى له لا تمنع من الوصية لمثل الموصي — على أن قياس الوصية على الارث منقوض بعدة مسائل — منها : ما اذا دخل الحربى دار المسلمين بأمان • فأوصى لمسلم أو ذمي — فانه جائز مع أن الارث ممتنع بين الذمي والحربى لتباين الدارين ، وبين المسلم والحربى لاختلاف الدين وتباين

---

(١) وذلك لما روى عنهما من عدم صحة الوصية للحربى المستأمن — قياسا على امتناع الارث لاختلاف الدين حكما وتخصيص للذكرة التفسيرية الأخذ — بما روى عن الشيخين هو الذى حملنا على تقييد الحربى بالمستأمن لأن الخلاف المروى هو الذى وقع فيه — أما الحربى فى داره فلا خلاف بين الحنفية فى عدم صحة الوصية له •

(٢) الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٤٦١ •

الدارين حكما ، كذلك الحرمان من الارث لا يستلزم بطلان الوصية ، كما فى اختلاف الدين (١) — على انه اذا كان ما روى عن الشيخين من الحكم السابق ، مبنيا على اختلاف الدارين — فان اختلافهما بالمعنى الذى ورد فى مذهب الحنفيه لا يكاد يوجد فى عصرنا الحاضر اذ أن معناه عندهم لا يتحقق بين غير المسلمين الا باختلافهما فى المنعة والملك ، وبانقطاع العصمة بينهم ، حتى يستحل كل منهم قتال الآخر • والدول الآن مرتبطة بالمعاهدات ، وبالقانون الدولى ، وبميثاق هيئة الأمم المتحدة — فاختلاف الدارين — بالمعنى الذى ذكر فى فرائض الحنفية — لا يمكن تحقيقه فى العصر الحاضر الا بين دولتين ، بينهما حالة حرب أو حرب قائمة فعلا •

وبهذا وضح أن اختلاف الدارين بهذا المعنى — غير الاختلاف الذى تقصده المادة التاسعة ، وهو اختلاف الجنسية •

وفى رأينا أنه كان يحسن بالمذكرة التفسيرية أن تبنى صحة الوصية مع اختلاف الدارين على رأى من لا يراه مانعا من الارث — كالامامين مالك وأحمد ، أو على رأى بعض الأئمة الذين يجيزون الوصية للحربى ، وتبنى عدم صحة الوصية فى الحالة المستثناة على مبدأ تحقيق المساواة ، والمعاملة بالمثل •

ومع مراعاة ما سبق ذكره فى حكم الوصية للحربى فى داره لا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين والملة فتصح الوصية من المسلم للذمى وبالعكس ومن اليهودى للمسيحى وهكذا كما تقضى بذلك المادة التاسعة من القانون • وهذا يحقق المساواة بين المسلمين وغيرهم فى صحة الوصية من بعضهم لبعض • وانما صحت وصية المسلم لغير المسلم اذا كان غير حربى — لأن الله تعالى لم ينه عن برهم كما نهى عن بر الحربيين — قال جل شأنه «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٨٨ ، والعناية على الهداية ج ٨ ص ٤٢٥ •

فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم ، وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين » كذلك صحت وصية الذمى للمسلم لأن الذميين التحقوا بعقد الذمة ــ بالمسلمين فى المعاملات ، ولهذا جاز التبرع المنجز • فى حالة الحياة من الجانبين ، فكذا المضاف الى ما بعد الموت ، ولأن الوصية من أعمال البر ، وهى جائزة بين أهل الأديان المختلفة لأن الأديان لا تحرم التواصل والتراحم ، ولا كذلك الارث لأنه مبنى على الموالاة والمناصرة التامة ، وذلك لا يتحقق مع اختلاف الدين ، وللأثر الوارد في ذلك « لا يتوارث أهل ملتين شتى بشيء » ولحديث : « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم » (١) •

٥ ــ ألا يكون الموصى له قاتلا الموصي قتلا مباشرا يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة ، وهو ما يمنع الارث ــ من العمد وشبهه ، والخطأ وما جرى مجرى الخطأ ، سواء أوصى له قبل القتل ، ثم قتله ، أو أوصى له بعد الجرح ، وذلك بشرط أن يكون القاتل مكلفا ، وأن يكون القتل بغير حق ، ولبيان ذلك نقول على سبيل الاجمال :

ان القتل المحرم عند الحنفية ــ خمسة أنواع :

الأول : العمد وهو أن يقصد الشخص ضرب المقتول بما لا تطيقه بنيته (٢) مما يقتل غالبا • وموجب العمد الاثم العظيم والقود الا أن يعفو الأولياء ، والحرمان من الارث ، ولا كفارة فيه •

الثاني : شبه العمد ويكون بالضرب بما لا يقتل غالبا كالعصا والسوط • وموجبه الاثم والكفارة ، ودية مغلظة على العاقلة ، ولا قود فيه •

---

(١) راجع السراجية ، ثم الجزء الأول من كتاب فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب •

(٢) هذا على رأى الصاحبين وعند الامام أن يقصد ضربه بمحدد •

الثالث : الخطأ وهو نوعان : خطأ في القصد ، وهو أن يرمي شبحا يظنه صيدا ، فاذا هو انسان معصوم الدم ، وخطأ فى الفعل — كأن يرمى غرضا مقصودا فيصيب ادميا ، وموجبه الكفارة ، والدية المخففة على العاقلة ، والحرمان من الارث ، والاثم لترك التحرز ٠

الرابع : — ما جرى مجرى الخطأ ، وهو ما يحصل ممن لا قصد له — كمن ينقلب ، وهو نائم على غيره ، أو يسقط عليه ، فيقتله ٠ وموجبه ما تقدم فى القتل الخطأ ٠

الخامس : القتل بتسبب ، وهو التعدى بانشاء ما يكون سببا فى الهلاك — كحافر البئر ، وواضع الحجر فى الطريق العام — بلا اذن الامام ، فيموت انسان بسبب وقوعه فى البئر أو اصطدامه بالحجر ٠ وموجبه الدية على العاقلة ، واثم التعدى بالحفر ، ولا كفارة فيه ، ولا حرمان من الارث (١) ٠

فالذى يمنع الميراث والوصية — عندهم — الأربعة الأولى ، اذ القتل فيها بالمباشرة ٠ وفى بعضها وجوب القصاص ، وفى بعضها الكفارة ٠ أما النوع الخامس ، وهو القتل بتسبب — فلا يمنع ارثا ، ولا وصية عندهم — لأن القاتل بتسبب ليس بقاتل حقيقة — ألا ترى أنه لو حفر بئرا فى ملكه لم يؤخذ بشىء ، مع أن القاتل يؤخذ بفعله سواء أكان فى ملكه ، أم فى ملك غيره ٠ واذا لم يكن قاتلا حقيقة ٠٠ لم يتعلق به جزاء القتل ، وهو الحرمان من الوصية ٠

والقتل بحق لا يمنع الوصية ، كما لا يمنع الارث : كما اذا قتل الموصى قصاصا أو حدا أو دفاعا عن النفس ٠ ومن

---

(٢) هذه أنواع القتل فى المذهب الحنفى ٠ أما الشافعى فالقتل عنده — على ما نقله صاحب بداية المجتهد : ثلاثة أنواع : عمد ، وشبه عمد — وهو ما كان عمدا فى الضرب ، خطأ فى القتل ، وخطأ ٠ وعند مالك والليث نوعان عمد وخطأ ٠ وقد نفى مالك فى المشهور عنه شبه العمد الا فى الابن مع أبيه ، وقال لا واسطة بين العمد والخطأ — أعنى بين أن يقصد القتل او لا يقصده ٠

« راجع بداية المجتهد مبحث الجنايات » وكتاب نيل الأوطار ج ٧ ص ١٩ طبعة ١٣٤٧ هـ ٠

القتل بحق أو بعذر ــ قتل الرجل امرأته ، أو ذات رحم محرم من محارمه لأجل الزنى ــ فقد جاء فى رد المحتار لابن عابدين فى القتل الذى لا يمنع من الارث : « وفى الحاوى للزاهدى: اذا قتل الرجل امرأته او ذات رحم من محارمه لاجل الزنى . فانه يرث منها ــ خلافا للشافعى يعنى مع تحقق الزنى . اما بمجرد التهمة فلا ... » . كذلك اذا كان القاتل صغيرا او مجنونا ــ لأن الحرمان جزاء للفعل المحظور ، وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعا .. لأنهما غير مكلفين ، وليسا أهلا للعقوبة ــ بخلاف المخطىء ، فان حرمانه باعتبار التقصير فى التحرز ، وبتصور نسبة التقصير الى المخطىء دونهما .

وانما كان القتل مانعا من استحقاق الوصية ــ لقوله ــ عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » ، ويروى انه قال : « ليس لقاتل شىء » ، فذكر الشىء نكرة فى محل النفى ، فيعم الميراث والوصية جميعا ، ولأنه أستعجل شيئا قبل أوانه ، فيعاقب بالحرمان منه ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة ، فتستدعى الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجرا ، كحرمان الميراث .

وصاحب تكملة (١) فتح القدير ناقش استدلالهم بالحديث ــ بأنه معارض باطلاق قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، وبعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم ، تضعونها حيث شئتم » ، وبأن الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لاطلاق الكتاب ولا مخصصا لعمومه . على ما عرف فى أصول الفقه ، واعترض بذلك على صاحب البدائع فى قوله : ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية بما أوردته كتب الحنفية من حديث : لا وصية للقاتل .

---

(١) ج ٨ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ .

ثم ان علماء الحنفية اتفقوا على عدم استحقاق القاتل الوصية اذا لم تجزها الورثة . فان آجازوها أو لم يكن للموصى المقتول وارث سوى القاتل فان الوصية تنفذ عند الطرفين : أبى حنيفة ومحمد ، وقال ابو يوسف : لا تجوز الوصية للقاتل ولو أجازتها الورثة ، او لم يكن للمقتول وارث سواه ، وخلافهم هذا مبنى على الخلاف فى علة الحرمان : فعند الطرفين هى لحق الورثه - دفعا للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم فى ماله من سعى فى قتله ، فاذا آجازوا ، أو لم يوجد وارث ، انتفت العلة . وعند أبى يوسف : علة الحرمان جنايته التى ارتكبها ، والحرمان لأجلها عقوبة له ، وجناية متحققة باقية ، وان لم يكن له وارث أو كان وأجاز . وبالموازنة ترى قوة رأى أبى يوسف ورجحان دليله . فان المنع اذا كان سببه حق الورثة وعدم مغايظتهم ، وأن الاجازة ترفع ذلك - لزم القول بذلك فى الارث فلا يحرم القاتل من الميراث اذا رضى سائر الورثة ، وتركوا المغايظة ، أو اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل . وليس الأمر كذلك قطعا (١) ، والحق أن سبب حرمان القاتل من الميراث صدور جناية عظيمة منه وذلك يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه ، وقد جعلها الشرع حرمانه من الميراث ، والموصى له القاتل يشاركه فى هذا المعنى (٢) .

ولقوة رأى أبى يوسف قيد بعضهم الخلاف بينه وبين الطرفين بما اذا لم يكن القتل عمدا بعد الوصية ، فان كان كذلك ألغيت الوصية اتفاقا (٣) .

---

(١) وقال صاحب العناية فى الفرق بين الوصية والميراث فى القتل اذا اجازت الورثة : حيث صحت الوصية عند الطرفين دون الميراث - ان الاجازة تصرف من العبد ، فتعمل فيما كان من جهة العبد ، والوصية من جهة العبد ، فتعمل فيه - بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد ، ولم يرتض هذه التفرقة قاضى زادة صاحب تكملة فتح القدير .

(١) ج ٨ ص ٤٢٥ من تكملة فتح القدير .

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٤ - نقلا عن الشرنبلالية .

هذا والباحث في آراء الحنفية بالنسبة لقتل الموصى ــ يتضح له قوة مذهبهم في أكثر ما راوه مما سبق بيانه • الا ان تعميمهم القتل المبطل للوصيه بحيث يشمل الخطأ ــ غير مقبول لأن الحرمان من الوصيه عقوبة لا يستحقها من قتل موصيه خطأ من غير قصد ، وكذا اشتراطهم أن يكون القتل بمباشرة القاتل فأخرجوا المتسبب في جميع الحالات مع أن المتسبب قد يكون متعمدا قتل الموصى ، فكيف لا تبطل الوصية في هذه الحال • وقد رجحنا من قبل رأى أبي يوسف في عدم جواز الوصية للقاتل ولو أجازها الورثة ، وأشرنا الى دليل أرجحيته •

والحنفية في بعض كتبهم نسبوا الى الشافعي القول بجواز الوصية للقاتل (١) كما نسبوا الى مالك (٢) مثل ذلك القول وحكاه صاحب المغني عنه ــ لأن دلائل جواز الوصية عامة من غير فصل بين القاتل وغيره • وما نسب الى الشافعي هو أحد قوليه ، وما نسب الى مالك ليس متفقا على عمومه واطلاقه ــ في المذهب ــ فقد نقل صاحب كتاب الفقه (٣) على المذاهب الأربعة أن الوصية في مذهب المالكية تبطل اذا ضرب الموصى له الموصى بعد الوصية ، فأماته ، سواء أعرف القاتل ولم يغير الوصية أم لا ــ على الراجح ــ لأن في ذلك شبهة استعجال الوصية كالميراث ، أما اذا ضربه ضربة قاتلة عمدا أو خطأ ، ثم أوصى له بعد الضربة بشيء من ماله ومات، فان الوصية تصح للقاتل بشرط أن يعرف المقتول قاتله ، وستعرف علة ذلك حينما نعرض للمذهب الحنبلي •

وحجة القائلين باستحقاق القاتل الوصية أن الوصية تمليك كالهبة ، والقتل لا يبطل الهبة ــ فلا يبطل الوصية • وهذه الحجة ضعيفة ــ اذ القياس فيها مع الفارق : فان القتل لا يؤثر في الهبة لأنه حدث بعد تمامها واستفادة الملك بها

---

(١) شرح الهداية والعناية ج ٨ ص ٤٢٥ •

(٢) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢٥ نقلا عن البدائع •

(٣) الجزء الثالث ص ٤٤١ طبعة ١٩٥٢ م •

أما الوصية فان الملكية لا تثبت بها الا بعد الموت · فيكــون القتل سابقا على وقت الملكية ·

أما الحنابلة فقد اختلفــوا فى الوصــية للقــاتل عــلى ثلاثة (١) أوجه :

الأول : أن الوصية تجوز له ، قال فى المغنى : وهــذا قول مالك وأبى ثور وابن المنذر ، وأظهر قولى الشافعى ــ لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له وسبق أن بينا ضعف هذه الحجة ·

الثانى : أن الوصية لا تصح للقاتل ، وهو قول الثورى ، وأصحاب الرأى لأن القتــل يمنع الميراث الذى هــو آكد من الوصية ــ فالــوصية أولى ، ولأن الوصية أجــريت مجــرى الميراث ــ فيمنعها ما يمنعه ·

الثالث : ان وصى له بعد جرحه ــ صحت الوصية له · وان وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ــ أبطلهــا ــ قال فى المغنى : وهذا قول حسن ، لأن الوصية بعــد الجرح صدرت من أهلها فى محلها · ولم يطرأ عليها ما يبطلهــا ــ بخلاف ما اذا تقدمت ، فان القتل طرأ عليها فأبطلها ــ لأنه يبطل ما هو آكد منها وهو الميراث ، وربما استعجل الوصية بالقتل الطارىء عليها ، فيعامل بنقيض قصده ــ دفعا لمفسدة قتل الموصين ، استعجالا لأخذ وصاياهم · أما القتــل قبــل الوصية فانه لم يقصد به استعجال مال ــ لعدم انعقاد سببه ، والموصى راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه فى حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ فى هذا ــ كما لا يفترق الحــال بذلك فى الميراث ·

وبمراجعة ما تقدم ــ يتضح رجحان اعتبار القتل مانعا من استحقاق الوصية اذا حدث عمدا بعد الوصية من مكلف

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٤٠ ، ٥٤١ ·

بغير حق ولا عذر ، وأن بعضهم ـ كابن قدامة ـ رجح اعتبار القتل غير مانع ان صدرت الوصية بعد الجرح المفضى الى الموت ، وأن القائلين من الفقهاء بعدم صحة الوصية للقاتل ـ اتفقوا على أن القتل لا يمنع من استحقاق الوصية ـ اذا كان بحق ، أو صدر من غير عاقل ٠

ويتضح ايضا ـ مما عرف من مذاهب العلماء والفقهاء فى الميراث والوصية أن بعض الائمة والفقهاء ـ من غير الحنفية ـ لم يربطوا بين الوصية والارث فى جعل القتل مانعا من الاستحقاق فى كل منهما على السواء ٠ أما الحنفية فقد لاءموا بينهما ـ فجعلوا القتل ـ بشروطه ـ مانعا من كل منهما ـ كما جعلوا القتل المانع من الارث ـ هو الذى يمنع من الوصية ـ على ما بينا من قبل ٠

كذلك القانون فى المادة ـ ١٧ ـ أخذ حقيقة القتل المبطل للوصية ـ بقيوده وشروطه وتفصيلاته ـ من القتل المانع من الميراث المنصوص عليه فى المادة الخامسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ونص المادة ١٧ : « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة ـ قتل الموصى أو المورث عمدا ، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا ، أم كان شاهد زور أدت شهادته الى الحكم بالاعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك اذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى » ٠

وبالنظر فيما اشتملت عليه هذه المادة ، ومقابلتها بآراء الفقهاء ، وببعض مواد قانون العقوبات المصرى ـ الخاصة بالقتل فى حالة وجود عذر ، أو فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، أو حالة تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى ، أو حالة ما اذا كان القاتل مكرها بملجىء ـ بالنظر والمقابلة نجد أن ما اشتملت عليه المادة ١٧ مزيج من عدة مذاهب فقهية ، ومن بعض مواد قانون العقوبات التى أشرنا

اليها ، ونبين وجه ذلك فيما يلى _ مسترشدين بما ورد فى المذكرة التفسيرية .

أولا : ما يؤخذ من المادة من بطلان الوصية للقاتل المباشر عمدا سواء أكان القتل قبل الوصية ام بعدها راى الحنفية ، وبطلانها فى هذه الحالة ولو أجاز الورثة أو اجازها الموصى بعد القتل وقبل الموت _ رأى أبى يوسف . ويدخل فى القتل العمد المباشر من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا من مقاتله فانهما يمنعان من الوصية أخذا بقولين فى مذهب الحنفية والمالكية : قول بأن القاتل هو الأول ، وقول بأن القاتل هو الثانى (١) .

ثانياً : أن ما تقضى به المادة من اشتراط العمد فى القتل المانع من استحقاق الوصية _ وان لم يكن بالمباشرة _ يخرج القتل الخطأ فلا يمنع صحة الوصية . وهذا مأخوذ من مذهب الامام مالك ، ولكنه يدخل فى القتل المانع _ القتل بتسبب عمدا _ عملا بقول فى مذهب الشافعى(٢) وان خالف ذلك مذهب الحنفية .

ويدخل فى القتل بالتسبب الآمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة (وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل) ، وواضع السم ، وشاهد الزور الذى بنى على شهادته الحكم بالاعدام _ عملا بمذهب الامام أحمد .

ثالثا : أخذت فى البلوغ بمذهب الصاحبين وهو خمس عشرة سنة .

رابعا : اشترطت المادة أن يكون القتل بلا حق ولا عذر ، وهو مذهب أبى يوسف ومن وافقه من الأئمة . كما اشترطت أن يكون عاقلا ، وهو محل اتفاق (٣) .

---

(١) المذكرة التفسيرية فى المادة ١٧ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

خامسا : سلكت في بيان القتل بحق ، وفي تفسير الأعذار — المسلك القريب من قانون العقوبات ، ومما قرره أئمة الشرع : فأخرجت القتل قصاصا أو حدا أو في حالة من حالات الدفاع الشرعي عن النفس أو المال — مما هو منصوص عليه في المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، كما أخرجت حالة تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي (مادة ٢٥١ عقوبات) ، وكذلك اذا قتل الزوج زوجته والزاني بها عند مفاجأتها حال الزنا (مادة ٢٣٧ عقوبات) ، ومثل ذلك القاتل مكرها بملجيء — عملا بقول الامام أبي حنيفة (مادة ٦١ عقوبات) (١) •

والمادة في جملتها مقبولة ، فقد وفقت بين الآراء ، ولاءمت بين قوانين الدولة المختلفة ، وحققت الانسجام بين قانون الميراث ، وقانون الوصية ، وقانون العقوبات •

٦ — الشرط السادس ألا يكون الموصى له وارثا للموصي ان كان ثمة وارث آخر ولم يجز الوصية — لقوله عليه الصلاة والسلام : « ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » ، ولأن بعض الورثة يتأذى بايثار بعضهم ، ففي تجويزها للوارث قطيعة الرحم ، ولأنه حيف ، وقد روى عنه — صلوات الله وسلامه عليه — : « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للورثة(٢) وهذا الشرط لنفاذ الوصية (٣) ، ومعنى ذلك أن الوصية للوارث لا تنفذ مطلقا ، وان كان الموصى به أقل من الثلث — الا باجازة الورثة ، فان آجازوها نفذت ، والا بطلت ، وان

---

(١) المصدر السابق •

(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢ •

(٣) عبارة كتب المذهب الحنفي — كالكنز والهداية — ظاهرة في أن الوصية للوارث لا تجوز أو لا تصح الا باجازة الورثة ولكن توجد أحكام في المذهب — ترجح أن هذا الشرط للنفاذ لا للصحة — منها القاعدة المشهورة ، وهي أن الاجازة تلحق العقد الموقوف ولا تلحق العقد الباطل ، وكون هذا الشرط للنفاذ هو أظهر قولين عند الشافعي •

أجازها بعضهم دون بعض جازت في حصة من أجاز بنسبة ما يخصه ، وبطلت في حصة من لم يجز ــ لولاية المجيز على نفسه دون غيره •

وهذه الاجازة لا تعتبر الا بشرطين :

الأول : أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغا عاقلا ــ غير محجور عليه لسفه أو عته • وفي حكم المحجور عليه المريض مرض الموت ، فانه ان أجاز الوصية وكان المجاز له وارثا له لم تنفذ الا باجازة ورثته ولو قل المجاز ، أما اذا كان غير وارث له فان اجازته تعتبر نافذة من الثلث • وحينئذ ينظر الى القدر الذى يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب أجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الاجازة وان لم تجزها ورثته ، وان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم (١) ويشترط في المجيز أيضا أن يكون عالما بما أوصى به الموصى (٢) •

الثاني : أن تكون الاجازة في وقتها المعتبر ، وهو بعد موت الموصى ــ فلو أجازوها حال حياته ، ثم ردوها بعد وفاته صح الرد وبطلت الوصية ، ولا عبرة باجازتهم في حال حياته لأنها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت ، فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصى فيردوها لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل ، وكل ساقط في نفسه مضمحل ، فكان لهم أن يردوها بعد موت المورث ، ولقائل أن يقول : كيف تكون الاجازة حال الحياة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من أول ما مرض مرض الموت حتى منع عن التصرف في الثلثين ، فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض ، وأن الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فصارت كاجازتهم بعد موت المورث • ولكن يجاب

---

(١) شرح الأحوال الشخصية للاستاذ الجليل محمد زيد الابيانى ج ٢ •

(٢) أما اذا علم الورثة أنه أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به، فقالوا أجزنا ذلك ــ فان اجازتهم لا تصح ــ راجع رد المحتار ج ٥ :

عن ذلك بأن الاستناد انما يظهر فى حق القائم كما فى العقود الموقوفة ، واجازة الورثة حين وقعت فى حياة الموصى ــ وقعت باطلة ، وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه ، فلا يظهر فى حقه الاستناد . ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت ، وقبله يثبت لهم مجرد الحق ، فلو استند ملكهم من كل وجه الى أول المرض لانقلب الحق حقيقة قبل موته ، واذا لم يتصور بقى حقا على حاله لا حقيقة ، والرضا ببطلان ذلك الحق ــ وذلك باجازتهم حال الحياة ــ لا يكون رضا بحقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته ، لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها . ولا وجود لها قبل السبب ــ بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فلا يكون لهم الرجوع عنها .

كذلك لا عبرة باجازة الورثة حال حياة الموصى ان كانت الوصية لأجنبى بما زاد على الثلث ، فلا تنفذ الوصية فى الزيادة الا اذا أجازوها بعد وفاة الموصى .

وعدم اعتبار الاجازة حال الحياة رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وزفر والحسن بن صالح ، وهو مروى عن عبد الله بن مسعود وشريح .

وروى عن طاوس وعطاء أن الورثة اذا أجازوا حال الحياة ــ جاز ذلك عليهم ، كما قال ابن أبى ليلى ، وعثمان البتى : ان أجازوا فى حياة الموصى فليس لهم أن يرجعوا فيه بعد الموت (١) ولعل ذلك راجع الى اكتفائهم بمجرد تعلق حق الورثة بمال مورثهم من أول مرض الموت ، فلم يشترطوا حصول حقيقة الملك بوفاة المورث (٢) ، أو لأن الاجازة قد وقعت بعد تمام انشاء الوصية بايجاب الموصى ، فلا يضير تقدمها على وقت موته .

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى جـ ١ ص ١٩٦ و ص ١٩٧ المطبعة البهية المصرية .
(٢) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ١٨٣ .

وللامام مالك راى مفصل فى وقت الاجازة : فقد روى ابن القاسم عنه : اذا استأذن الموصى ورثته ـ حال حياته ـ فأذنوا ـ فكل وارث بائن عن الميت ، ليس فى عياله ـ ليس له أن يرجع فى اجازته • وأما امرأته وبناته اللائى لم يبن منه ، وكل من فى عياله ـ فلهم الرجوع عنها ، وكذا كل من خاف منهم ـ ان لم يجز ـ لحوق ضرر به من قطع النفقة ان صح ـ له الرجوع • ومن هذا التفصيل يتبين أن مالكا يرى صحة الاجازة ولزومها حال الحياة متى ثبت أنها صدرت من الوارث عن اختيار سليم ، ورضا صحيح • أما اذا وقعت الاجازة تحت تأثير خشية الضرر وخوف الأذى فانها لا تعتبر، وللوارث الرجوع فيها •

وروى ابن وهب عن مالك تفصيلا آخر : وهو أن اذن الورثه للموصى بالوصية يعتبر صحيحا غير قابل للرجوع عنه اذا استأذنهم الموصى فى مرضه فأذنوا • أما اذا استأذنهم فى الصحة ـ فلهم أن يرجعوا ان شاءوا ، وانما جاز اذنهم فى حال المرض لتعلق حقهم بماله ، ولا كذلك فى حال الصحة (١) •

والخلاصة أن فى وقت اعتبار الاجازة ثلاثة أقوال ـ لخصها صاحب بداية المجتهد بقوله : إذا أذن الورثة للميت : هل لهم أن يرجعوا فى ذلك بعد موته ؟ فقيل : لهم ، وقيل : ليس لهم ، وقيل : بالفرق بين أن يكون الورثة فى عيال الميت أو لا يكونوا ـ فان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع ، وثلاثة الأقوال فى المذهب » (٢) •

والرازى فى كتابه أحكام القرآن ـ أيد رأى الحنفية ومن وافقهم بعدة أدلة : منها أن الورثة ليسوا مالكين للمال فى حال الحياة ، فلا تعمل اجازتهم فيها ، كما لا تجوز هبتهم ولا بيعهم ، ولأن الموصى له انما تقع الوصية له بعد الموت ،

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى جـ ١ ص ١٩٦ و ١٩٧ •

(٢) يعنى المذهب المالكى •

فكذلك الاجازة لا تعتبر الا فى حال وقوع الوصية ، ولا تعمل قبل وقوعها ؛ وأيضا لما كان للميت ابطال الوصية فى حال الحياة مع أنه هو الذى أوجبها ـ فالورثة احرى بجواز الرجوع عما أجازوه ، واذا جاز لهم الرجوع علم ان الاجازة ـ حال الحياة ـ غير ملزمة ، ولما روى من قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة » ، وهم انما يكونون ورثة على الحقيقة بعد الموت لا قبله . فاجازتهم ـ حال الحياة ـ باطلة لأنهم ليسوا ورثة فى حال حياة الموصى .

ولانضباط رأى الحنفية وارتباطه بوقت معلوم ليس من شأنه حصول نزاع فيه ـ وهو موت الموصى ـ ولقوة أدلته النظرية ـ نميل الى ترجيح رأيهم وان كنا لا نغمط تفصيل مالك الذى رواه عنه ابن القاسم ـ حقه من الذكر والتقدير، ولولا أن صحة الرجوع فى الاجازة بعد الموت منوطة عنده بخوف لحوق الضرر ـ وهذا قد يكون محل نزاع وقد يتعذر اثباته ـ لآثرنا رأى مالك على رأى الحنفية . وقد جاء القانون فى بعض ما اشتملت عليه المادة ٣٧ ـ موافقا للمذهب الحنفى فى وقت اعتبار الاجازة اذ قررت بأن الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع ، عالمين بما يجيزونه .

ومن تمام بحث الشرط السادس النظر فى ثلاثة أمور :

الأول : وقت اعتبار الموصى له وارثا

قال علماء الحنفية : يعتبر كون الموصى له وارثا أو غير وارث وقت الموت ، لا وقت الوصية ـ لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فيعتبر وقت التمليك : فلو أوصى لأخيه الشقيق وليس له ابن وقت الوصية ، ثم ولد له ابن ، أو أوصى لزوجته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل موته ـ صحت

الوصية لأن كلا منهما ليس وارثا للموصى عند موته ، وان كان وارثا وقت الوصية ٠

اما لو أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات وهى فى عصمته أو أوصى المسلم لابنه غير المسلم ، فأسلم قبل موت ابيه — فان الوصية لا تصح الا باجازة الورثة — لأن كلا منهما وارث وقت موت الموصى ، وعلى هذا القياس ٠

ومما هو مقرر فى المذهب الحنفى ان اقرار المريض مرض الموت لوارثه يأخذ حكم الوصية لأن فيه تهمة ان المريض يفضل بعض الورثة على بعض ، وعلى ذلك لا ينفذ اقراره لوارثه الا باجازة الورثة ولو كان المقر به أقل من الثلث ٠

لكن الوارث عندهم فى باب الاقرار غير الوارث في باب الوصية ، اذ قالوا إن الوارث فى باب الاقرار هو من قام به سبب الارث وقت الاقرار ولم يمنع من ميراته مانع عند الموت (١) ، وفرقوا بين الاقرار والوصية بان الاقرار تصرف فى الحال ، فيجب أن يؤخذ في الاعتبار ذلك الوقت — وعلى هذا : لو أقر فى مرض موته لأجنبية ثم تزوجها ومات وهى على ذمته — فانه يصح الاقرار لأن سبب الارث وهو الزوجية لم يكن قائما وقت الاقرار ، ولو كان بدل الاقرار وصية لم تصح الا بالاجازة لتحقق كونها وارثة وقت الموت ٠ ولو أقر المريض لأخيه وليس له ابن ، ثم ولد له بعد ذلك — صح الاقرار لأنه وان كان سبب الارث قائما وقت الاقرار (وهو الاخوة) قد منع من ارثه مانع وقت الموت ٠ وهو وجود الابن ٠

---

(١) وزاد محمد على ذلك فاسترط ألا يكون الارث بسبب جديد لم يكن وقت الاقرار — فلو أقر لزوجته وهو مريض ثم أبانها فى مرضه ثم تزوجها ثانيا ومات وهى زوجته نفذ الاقرار على رأى محمد من غير توقف على أجازة لأن سبب الارث زواج جديد غير ما كان وقت الاقرار — وقال أبو يوسف : يتوقف على تصديق الورثة لان العبرة بحالتى الاقرار والموت فلا يعتبر ما بينهما خصوصا وان المقر متهم فى الطلاق ٠ وقيل أن أبا يوسف رجع عن قوله ، ووافق محمدا ٠

الثاني : جهة التمليك عند الاجازة

اذا صحت اجازة الورثة للوصية بعد موت الموصى ، سواء أكانت لوارث أم لأجنبي فيما زاد على الثلث — فهل يتملك المجاز له ما أجيز من قبل الموصي ، أم من قبل المجيز ؟ قال الشافعي على ما نقلته كتب الحنفية (١) : يملكه الموصى له من جهة المجيز (الوارث) ، لأن الميت لا حق له في الوصية للوارث أصلا ، ولا للأجنبي الا في الثلث ، ولهذا لا تنفذ

(١) كتب الحنفية — كالهداية وتبيين الحقائق والعناية — لم تتحر الدقة — في نقل مذهب الشافعي . فان ماذكرته تلك الكتب انما هو أحد قولين في مذهبه ، وأظهر القولين أن الاجازة تعتبر تنفيذا — لا ابتداء عطية ، وكذلك يوجد مثل هذا الخلاف عند المالكية ؛ وهذا يؤخذ مما نقله صاحب فتح القريب المجيب في فرائض الشافعية (ج ٢ ص ٤ طبعة ١٣٤٥هـ) — قال ما خلاصته : اذا أوصى لوارث فالوصية صحيحة في الأظهر لكنها موقوفة على اجازة باقي الورثة بعد الموت : فان ردوها بطلت ، وان أجازوها صحت ، وكانت الاجازة تنفيذا في الأظهر : فيكفي لفظ الاجازة ، ولا يحتاج الى هبة وتجديد قبول وقبض ، وليس للمجيز الرجوع وان كان قبل القبض وفي قول : تعتبر ابتداء عطية : فلابد من لفظ التمليك ، ولابد من قبول آخر بعد تملك الوارث ، ولابد من القبض ، وللمجيز الرجوع قبل القبض كالهبة . وبناء على ذلك لو أخذنا بأظهر القولين عند الشافعية لم يكن بينهم وبين الحنفية خلاف في هذه المسألة ، وانما الخلاف يجرى بينهما على القول الثاني الذى يعتبر الإجازة ابتداء عطية .

وهناك رأى آخر في المذهب الشافعي يقول : الوصية للوارث باطلة ، وهذا في مقابل الرأى الأول الذى يقول بصحتها مع كونها موقوفة على الاجازة ، وقدمنا أنه أظهر القولين . ومنهم من قطع ببطلان الوصية للوارث للنهى عن ذلك في حديث أبى امامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » وجعل منع الوصية للوارث لحق الله تعالى حذرا من تغيير الفروض التى قدرها الله تعالى — فلا أثر لرضا الورثة ، ولم يقطعوا ببطلان الوصية لغير الوارث بالزائد على الثلث لأن المنع في الأجنبى لحق الورثة ، ولكن الأظهر هو القول بصحة الوصية موقوفة على الاجازة لحديث « لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة » .

ثم قال صاحب فتح القريب . المعتمد عند الحنابلة في الوصية للوارث كمذهبنا ، وعند المالكيه باطلة لا تجوز الا باجازة الورثة ، وهل هى تنفيذ أو إبتداء عطية — خلاف عنده المالكية — ثم قال : وان أوصى بأكثر من الثلث لغير وارث صحت الوصية ووجب الثلث ، ويوقف الباقى على اجازة الورثة . وهل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطية — فيه القولان السابقان أظهرهما تنفيذ . ومقابل الأظهر أن الوصية بما زاد على الثلث لغو ، فان أجازوا فابتداء عطية ، وهو المعتمد عند المالكية » .

وصيته للأول مطلقا، ولا للثاني بما زاد على الثلث الا بالاجازة ويمكن للوارث أن يبطلها ، فتكون التركة كلها في الحالة الأولى ، والزائد على الثلث في الحالة الثانية ملكا للوارث حقيقة - لأن الميراث يثبت له بغير قبوله ، ولا يرتد برده - فاذا أجاز صارت ملكية الموصى له للمجاز من جهته ضرورة ، وهو تمليك بغير عوض فيكون هبة (١) . وصاحب تكملة فتح القدير (٢) لم يرتض هذا التعليل ، فقال : الأولى في بيان وجه الشافعي ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث ، والموارث ، والاجازة لا تعمل في الباطل، فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عوض، وما رآه صاحب التكملة انما يقبل على أحد قولين في مذهب الشافعية . أما على القول الآخر القاضي بصحة الوصية للوارث مع توقف نفاذها على الاجازة فانه غير سليم . وقال علماء الحنفية : يتملكه الموصى له من قبل الموصى - لا من قبل المجيز ، لأن الوصية صدرت من الموصى ، وصادفت ملكه حالا ومآلا - لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية ، وبعد الموت هو باق على حكم ملكه - حتى تقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه - غير أن للورثة حق نقضها اذا كانت لوارث ، وفيما زاد على الثلث ان كانت لأجنبي - فاذا أجازوا ارتفع المانع من تنفيذ الوصية ، وظهر أن المجاز لم ينتقل الى ملكهم ، ولا يصح أن يقال ان الاجازة هبة - لأنها ليست بسبب للخروج عن الملك ، بل هي رفع للمانع - كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن - فان ملكية المشترى تثبت من قبل الراهن لصدور السبب منه ، واجازة المرتهن انما هي رفع للمانع فقط (٣) .

وثمرة الخلاف - كما ذكر صاحب تبيين الحقائق - تظهر في عدة أحكام - منها : أن الوارث المجيز يجبر على تسليم ما أجازه في المذهب الحنفي ، وعند الشافعي لا يجبر

---

(١) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٣ والعناية ج ٨ ص ٤٢٤ .

(٢) ج ٨ ص ٤٢٤ .

(٣) شرح الهداية والزيلعي ج ٦ .

لأن التمليك عندئذ من جهة المجيز ، وهو هبة لا تتم الا بالقبض ــ فلا يجبر على التسليم ، ومنها تملك الموصى له الموصى به قبل القبض عند الحنفية ، وعند الشافعي لا يتملكه قبله (١) • كذلك اذا كان المجاز مشاعا يحتمل القسمة ــ فان الاجازة تصح فيه (٢) ــ لأن التمليك من جهة الموصى ــ فلا يعتبر هبة عند الحنفية (٣) •

وبالموازنة بين الأدلة ــ يتضح لك رجحان الرأى القائل بأن التمليك ــ عند الاجازة ــ انما هو من قبل الموصي ــ لا من قبل المجيز ، وذلك لأن الموصي انشأ الوصية في مال يملكه وقت انشائها ، وانما توقفت على الاجازة لتعلق حق الورثة بها ــ دفعا للحيف والضرر ــ فاذا أسقطوا حقهم بالاجازة ــ كانت الملكية من قبل الموصي ــ لا من قبلهم ولأن هذه الوصية عند الأكثر صحيحة في ذاتها وان توقفت على اجازة الورثة ، فان نفذت باجازتهم ــ كان التمليك ممن انشأها •

الثالث : آراء الفقهاء فى الوصية للوارث

القول بعدم صحة الوصية أو عدم نفاذها للوارث الا باجازة الورثة ــ رأى جمهور الأئمة والفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة • وخالف ذلك فريقان : أحدهما رأى عدم صحة الوصية للوارث ولو أجاز الورثة • والآخر رأى نفاذ الوصية للوارث وان لم تجز الورثة ، وهذا الرأى منسوب

---

(١) من الواضح أن ما ذكرته كتب الحنفية من ثمرة الخلاف والمسائل التطبيقية عليها ــ انما يقبل على أحد القولين فى المذهب الشافعى ــ أما على القول الآخر فى ذلك المذهب وهو الأظهر ــ على ما نقله صاحب فتح القريب فى باب الوصايا ــ وقد أوردناه فيما سبق ــ فانه لا خلاف بين الحنفية والشافعية فى ذلك •

(٢) راجع الجزء السادس من تبيين الحقائق ص ١٨٣ •.

(٣) من المقرر فى الهبة عند الحنفية أنها لا تصح فى مشاع يحتمل القسمة الا بالافراز والتسليم • وأن القبض مع الشيوع لا يفيد الملكية •.

لبعض أئمة الشيعة الامامية الاثنى عشرية والاسماعيلية ، والهادى والناصر وأبى طالب وأبى العباس من أئمة الشيعة الزيدية ٠

ولأهمية هذا الخلاف ، ولأن القانون المصرى الخاص بالوصية ــ فى مادته السابعة والثلاثين ــ أجاز الوصية للوارث وغيره فى حدود الثلث من غير اجازة الورثة ــ سنفرد لهذا الموضوع بحثا خاصا فيما بعد ــ ان شاء الله ٠

(ج) مايشترط فى الموصى به

الشرط الأول : الا يكون الموصى به زائدا على ثلث مال الموصى فى الوصية للأجنبى ان كان ثمه وارث ، ولم يجزها بالأكثر ، فلا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة اجازة معتبرة سواء أكانت فى حال الصحة أم فى حال المرض ، والاجازة كما تقدم لا تعتبر الا بالشرطين اللذين سبق بيانهما فى الوصية للوارث : فان أوصى لأجنبى ولم تتجاوز الوصية ثلث المال نفذت وان لم تجز الورثة الا اذا كان هناك مانع آخر من نفاذها من قتل أو استغراق دين ، وان تجاوزت الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان ردوها بطلت فى الزائد وان أجازوها نفذت فيه لأن المنع كان لحقهم ، وقد أسقطوه ، فيزول المانع (١) وان أجاز بعضهم دون بعض نفذت فى حصة المجيز فقط ، وبطلت فى حصة غيره ٠ فتصير الوصية فى حق الذى أجاز كأن كل الورثة أجازوها ، وفى حق الذى لم يجز كأنهم جميعا لم يجيزوها ــ فاذا أوصى رجل لآخر بنصف ماله ، ومات عن ابنين : فاذا أجازت الورثة فالمال بينهم أرباعا : للموصى له ربعان وهو

---

(١) ومن هذا يتضح أن شروط الوصية بعضها شروط صحة ، وبعضها شروط نفاذ ، والأولى واضحة ، والثانية ما يوقف العقد من أجلها مراعاة لحق الغير فان أجاز نفذ العقد والا بطل ٠

النصف ، وربعان للابنين ، لكل واحد منهما ربع المـال لأن الوصية مقدمة على الارث فتنفذ بالنصف اولا ، والنصـف الباقي يقتسمه الابنان • وان لم يجـز الورثة فللموصى له ثلث المال ، والثلثان الباقيان للابنين لكل واحد منهما ثلث المال • ولو أجاز واحد ، ولم يجز الآخر ــ جاز فى حق الذى أجاز كأنهما أجازا ، ويعطى له ربع المال ، وفى حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا ، فيعطى له ثلث المال ، والباقى يكون للموصى له : فيجعل المال على اثنى عشر سـهما لحاجتنا الى الثلث والربع : فالربع للذى أجاز وهو ثلاثة أسهم ، والثلث للذى لم يجز وهـو أربعة أسـهم ، وتبقى خمسـة ، فهى للموصى له (١) •

وان لم يكن للموصى وارث ، ولا دين عليـه ــ صحت الوصية ولو بكل (٢) المال ، ولا تتوقف على اجازة بيت المال لأنه نيس بوارث ، بل هو مرجع الأموال التى لا مالك لها ، وهذا عند الحنفية ، وبه أخذت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من قانون الوصية حيث قالت : وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير تـوقف عـلى اجازة الخزانة العامة •

وانما لم تجز الوصية فيما زاد عـلى الثلث الا باجازة الورثة لتعلق حقهم به : فان الشارع لم يجعل للمـورث أن يوصى بأكثر من الثلث ــ ودليل ذلك ما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه أنه قال : « جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى ، فقلت يارسول الله: قد بلـغ بى من الـوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثنى الا ابنة لى ، أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا • قلت فالشطر يا رسـول الله » قال : لا ، قلت فالثـلث ؟ قال : الثلث ،

---

(١) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ١٨٣ •

(٢) ذكر صاحب نيل الأوطار : اختلف فيمن ليس له وارث خاص : فذهب الجمهور الى منعه من الزياده على الثلث ، وجوز له الزيادة الحنفية واسحق ، وأحمد فى رواية •

والتلث كثير أو كبير • انك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (٢) » ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال، الا آن الشرع لم يظهره في حق الآجانب بقدر التلث ليتدارك تقصيره • وآظهره فى حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار ، وقد جاء في الحديث « الحيف في الوصية من آكبر الكبائر » ، وفسروه بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للوارث » (٢) •

الشرط الثاني : أن يكون الموصى به مالا متقوما عند الموصي ــ في الوصية بالمال ، فلا تصح الوصيه بالميته والدم والحر ــ لأنها ليست بمال ، كما لا تصح بالخمر من المسلم لأنها غير متقومة في حقه •

التــالث : ان يكــون موجودا عنـــد الوصيه ان كان معينا بالذات ، كما اذا قال أوصيت لفلان بساعتي او بحتابى الفلانى ، وكذلك اذا كان غير معين وهو شائع فى بعض المال، كما اذا أوصى بمعز من غنمـــه ، او بتلت غنمه ، او بتلت كتبه ، فاذا لم يكن له غنم أو لم يكن له كتب وقت الــوصية فانها لا تصح ، وكذلك اذا كانت ثم هلكت قبل موت الموصى• فان اكتسب غيرها بعد الهلاك أو لم يكن له عند الوصيه شيء من النوع ثم استفاده بعد الوصية ــ فقيــل انهــا لا تصــح أيضا ، وقال في الدر المختار انها تصــح عــلى الصحيح لان تعلقها بالنوع كتعلقها بالمال ، وذكر فى البدائع ان صحتها قول الكرخي اذ قال : ينبغى أن تصح اذا وجد النــوع الذى نسبت اليه الوصية ، وهو الغنم أو الكتب فى المثال السابق •

أما اذا كان الموصى به شائعا فى كل المال ــ كما اذا قال أوصيت له بمعز من مالى فانه لا يشترط وجود المعز عنـــد الوصية بل الشرط وجودها عند الموت •

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢ •

(٢) المصدر السابق •

ولاضطراب كتب الحنفية في اعتبار الوقت الذي يشترط فيه وجود الموصى به : أعند الوصية هو أم عند الموت ـ يمكن تلخيص مذهبهم في حالات ثلاث :

احداها : أن يكون معينا بالذات ، وفي هذه يشترط وجوده عند الوصية اتفاقا ٠

وثانيها : أن يكون شائعا في كل المال ـ وفي هذه يعتبر وجوده فقط عند موت الموصي ـ اتفاقا أيضا ٠

وثالثها : أن يكون شائعا في بعض المال ، وفي هذه اختلف النقل والرأى ، فقيل انها كالحالة الاولى ، وقيل انها كالحالة الثانية ٠ واستظهر ابن عابدين ان النوع الذي شاعت فيه الوصية ، كالغنم ـ فيما اذا أوصى بثلث غنمه ـ ان كان شيء منه موجودا عند الوصية فان الوصية تتعلق بذلك الموجود دون غيره لأنه معين بالاضافة العهدية ، فصار كالمعين بالذات ، أما اذا لم يكن له غنم أصلا وقت الوصية فهو كالشائع في كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت لأنه ليس عينا حتى تتقيد به الوصية ، لعدم العهدية (١) ٠

كذلك يشترط في الموصى به ان كان معينا بالذات أن يكون مملوكا للموصي حين الوصية : فالوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بعد الوصية ثم مات لا تصح وصيته ، فان أجاز الغير الوصية بعد الوفاة يكون ذلك هبة منه ، فلا تتم الا بالقبض ، ويجوز له الرجوع فيها ـ ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ٠

وقانون الوصية لم يتعرض الا لحالة ما اذا كان الموصى به معينا بالذات ـ فقضت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة

---

(١) راجع رد المحتار جـ ٥ ص ٤٢٩ ، ٤٤٦ الطبعة الميمنية ، والدر المختار وشرح قانون الوصية للأستاذ المحقق محمد أبو زهرة ص ١١٠ ، ص ١١٦ الطبعة الثانية ، ثم المذكرة التفسيرية للقانون مادة ١٠ ٠

باشتراط أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية فى ملك الموصى ان كان معينا بالذات .

الشرط الرابع : أن يكون مما يجرى فيه الارث ، او يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود الناقلة للملك حال حياة الموصى سواء أكان مالا أم منفعة ، موجودا للحال أم معدوما . وهذا ضابط لأهم شروط الموصى به عند الحنفية ، وهو مكون من جزءين . الأول : أن يكون مما يجرى فيه الارث ، وذلك لادخال الوصية بالحمل ، فتجرى فيه الوصية بشرطه الذى سبق ذكره ـ قياسا على جريان الارث فيه ـ لأن الوصية أخت الميراث . الثانى أن يكون قابلا للتمليك . الخ ، فتصح بالأعيان كالمنزل والبستان لأنها تملك بعقد البيع . وتصح الوصية بالمنافع كسكنى الدار وغلتها لأنها تملك بعقد الاجارة ، كما تصح بما تثمر نخيله العام أو أبدا . وان كان الموصى به معدوما لأنه يقبل التمليك حال حياة الموصى بعقد المعاملة (المساقاة) ، وكذا بما تنبته الأرض لأنه يملك بعقد المزارعة .

فان لم يكن الموصى به كذلك لم تصح الوصية به ـ كما اذا أوصى بما تلد أغنامه أو أفراسه ـ فانها لا تصح لأنه لا يقبل التمليك حين حياة الموصى بعقد من العقود (١) . وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون فى مادته العاشرة أن الوصية فى هذا المثال تقتصر على الموجود من الأولاد حين موت الموصى لأن ما تلد أفراسه أو أغنامه بعد الموت لا يدخل تحت الارث ، ولا يقبل التمليك بعقد فى حياة الموصى . أما اذا أوصى بغلة أرضه فانه يدخل فى الوصية الغلة التى تكون موجودة حين موت الموصى وبعد موته ـ لأنها تدخل تحت عقد الايجار ، وان كان الحادث بعد الموت لا يورث .

ولأن واضعى القانون يرون الأخذ بمذهب الشافعى الذى يقضى بأن المنفعة والأجرة مما يورث لعدم انفساخ عقد

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٢٩ .

الايجار بموت أحد المتعاقدين عنده ـ رأوا أن الفقرة الأولى من المادة العاشرة : « أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الارث » تشمل الوصية بمنفعة العين المستأجرة ، والوصية بالأجرة (١) . وقد صرحت بذلك احدى فقرات المادة الحادية عشرة ، اذ قضت بصحة الوصية بحق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

ولما كانت الوصية شرعت للتوسعة على الموصى حتى يستدرك ما عسى أن يكون قد فاته من صلة او واجب ، او ليكافىء من أسدى اليه معروفا وقد ينشىء الموصى وصيته فى وقت لا يتمكن فيه من بيانها بيانا كاملا ـ توسع علماء الحنفيه والحنابلة ومن وافقهم ـ فى الوصية حتى اجازوا فيها ما لم يجيزوه فى غيرها من العقود (٢) . ولهذا لم يشترطوا لصحة الوصية أن يكون الموصى به ـ معلوماً فتصح بالمجهول ، كما اذا أوصى له بجزء من ماله ، أو ببعضه ، أو بنصيب منه . والجهالة ترفع من الموصى حال حياته ، ومن ورثته اذا مات قبل البيان ، فيقال لهم أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، والوصية لا تمتنع بالجهالة ، والورثة قائمون مقام الموصى ، فكان اليهم بيانه . ثم ان بعض علماء الحنفية يسوون فى الحكم المذكور بين ما اذا أوصى بسهم من ماله أو بجزء منه ومنهم من يفرق فيقول : ان المروى عن أبى حنيفة أن السهم عبارة عن السدس ، وقيل له أخس سهام الورثة ، ومنهم من يروى غير ذلك من أقوال وتفصيلات ليس عليها دليل مقنع (٣) .

فان لم يكن وارث فالظاهر أن البيان لولى الأمر باعتبار أن التركة ستؤول الى بيت المال بعد اخراج الوصية ، ونقل فى الجوهرة : لو أوصى لرجل بسهم من ماله ومات ولا وارث

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون المادة ١٠ .

(٢) راجع الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٨٢ ، ٤٨٥ .

(٣) راجع الجزء السادس من تبيين الحقائق ص ١٨٩ ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٤٣ وما بعدها .

له فللموصى له النصف لأن بيت المال بمنزل ابن فصار كأن له ابنين ، ولا مانع من الزيادة على الثلث ، ولا يخفى عليك ضعف هذه الحجة ٠

الشرط الخامس : الا تكون الوصية بما لا يجوز شرعا من كل ما هو محرم او معصية ، وهذا فى الجمله يعتبر قاعدة متفقا عليها بين الأئمة والفقهاء ، وان اختلفوا فى هذا الشأن فاختلافهم انما هو فى التفريع والتفصيل ، والتوضيح والتمثيل : فالحنفية مثلوا لذلك بالوصية بطعام تجتمع له النائحات بعد موته ، وبضرب قبة على قبره ، وكذا الوصية بقراءة القرآن على القبور أو فى المنازل فانها باطلة لأنها تشبه الاستئجار على قراءة القرآن ، وذلك باطل ، والبطلان مبنى على القول بعدم جواز الاجارة على الطاعات ، ولا يقال انه مما أجيز الاستئجار عليه ــ لأن ما أجازوه مقصور على محل الضرورة كالاستئجار لتعليم القرآن أو للأذان ــ خشية التعطيل لقلة رغبة الناس فى الخير ، ولا ضرورة فى استئجار من يقرأ على القبر أو غيره (١) ٠

هذا ومن أمثلة بطلان الوصية لأنها بمعصية الوصية لأندية القمار والمراقص والنياحة على القبور أو وراء جنائز الموتى ٠

وفى المذهب المالكى : الوصية المحرمة هى ماكانت بمحرم ، ومنه الوصية بما فيه ضياع للأموال كالوصية بقنديل من فضة يعلق على قبر ولى ، أو بثوب يوضع على المقصورة ، ونحو ذلك مما لم يأمر به الشرع ، وللورثة أن يفعلوا به ما شاءوا ، ومثل ذلك الوصية بالنياحة عليه ، أو بضرب قبة على قبره مباهاة ، فكل ذلك تبطل به الوصية ، ولا تنفذ ٠

وفى المذهب الشافعى مثلوا للوصية المحرمة بما اذا

---

(١) رد المحتار الجزء الخامس ص ٤٤٠ و ٤٥٦ و ٤٥٧ ٠

أوصى لشخص مشاغب مفسد بحيث اذا جعل له حق فى التركة أفسدها (١) .

وفى المذهب الحنبلى : لا تصح الوصية بما نهى عنه مما يعمل على القبور من بناء غير مأذون فيه ، وهو ما زاد على شبر ، ومنهم من قال : من الوصية المحرمة الوصية بأكثر من الثلث اذا كان له وارث غير أحد الزوجين ، ولكن التحقيق أن هذا مكروه فقط (٢) .

وقال صاحب فتح البارى : الوصية تكون محرمة إذا كان فيها إضرار ــ لما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنه : «الاضرار فى الوصية من الكبائر» .

ثم جاء الامام الشوكانى فقال فى كتابه : نيل الأوطار (٣) شرح منتقى الأخبار ــ فى شأن وصية الضرار ما خلاصته : ما أحق وصية الضرار بالابطال من غير فرق بين الثلث وما دونه وما فوقه ، وذلك لما ورد فيها من الوعيد الشديد والزجر البليغ وأنها من موجبات النار :

فقد روى أبو هريرة عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : « ان الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ، ثم يحضرهما الموت ، فيضاران فى الوصية ، فيجب لهما النار » ، ثم قرأ أبو هريرة : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله » الى قوله : « وذلك الفوز العظيم » ، ولما روى عن ابن عباس مرفوعا وموقوفا باسناد صحيح أن وصية الضرار من الكبائر ، فكل من الحديث والآية

---

(١) فرق الحنفية بين الوصية بنفس المعصية ، والوصية لأهل الفسوق والمعاصى فقالوا فى الأولى : انها باطلة ، وقالوا فى الثانية انها مكروهة اذا غلب على ظن الموصى أن الموصى له ينفقها فى الشر والفجور . وفرق العلامة ابن عابدين بينهما بان الوصية اما صلة أو قربة ، والوصية بنفس المعصية خلت منهما ، فتبطل ، بخلاف الوصية لعاص أو فاسق فانها صلة لها مطالب من العباد ، فتصح ، وان لم تكن قربة مع الكراهة ، وذلك كالوصية لغنى فانها مباحة وليست قربة . رد المحتار ج ٥ ص ٤٥٦ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعه جـ ٣ من ص ٤٥٣ الى ص ٤٦٠ .

(٣) جـ ٦ ص ٣١ ، ٣٢ .

قيد ما شرعه الله من الوصية بعدم الضرار ، فتكون الوصية المشتملة عليه مخالفة لشرع الله ، وما كان كذلك فهو معصية .
ونحن نوافق صاحب الفتح ، والشوكانى على رأيهما فى وصية الضرار ـ للنصوص التى أشرنا اليها ، ولما يترتب عليها من المضار والمفاسد واثارة الشحناء والبغضاء ـ غير أننا نشترط لبطلان وصية الضرار التحقق من ثبوت ذلك بالأدلة التى اعتبرها الشرع أدلة اثبات .

ومن الممكن أن ندخل هذا النوع من الوصية الباطلة فى عموم الفقرة الأولى من المادة الثالثة التى تقول : يشترط لصحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع ، فان قصد المضارة لأصحاب الحقوق يعتبر معصية ، كما أن الباعث على الوصية فى مثل هذه الحالة يعتبر منافيا لمقاصد الشرع التى ترجع فى جملتها الى تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد والمضار عنهم .

وبمثل هذا الشرط الذى اشترطه الفقهاء ، وأوضحناه فيما سبق ـ جاء بعض ما اشتملت عليه المادة الثالثة من قانون الوصية حيث اشترطت لصحة وصية المسلم (١) شرطين :

الأول : ألا تكون بمعصية «أو بمحرم» كالوصية للنياحة التى اعتاد بعض الناس عملها بعد الموت . وقالت المذكرة التفسيرية : يؤخذ فى هذا بمذهب الحنفية . ولا يصعب عليك بعد الذى ذكرناه فى الشرط الخامس من شروط الموصى به أن تقول ان ذلك الشرط يصح أن يكون مقتبسا من مذهب الحنفية وغيرهم .

الثانى : ألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع : كالوصية للخليلة ، وذلك لأن العمل الذى يقصد به أن يكون وسيلة الى الشر ، أو مكافأة عليه يكون حراما وباطلا ، وقالت

---

(١) المذكرة التفسيرية للمادة الثالثة .

المذكرة التفسيرية ان عدم صحتها يتفق مع القاعدة الشرعية : « الأمور بمقاصدها » ·

وهذا صحيح فى ذاته ، ولكن لكى نخرج الشرط الثانى ونربطه بآراء الفقهاء كلهم أو بعضهم يجب أن نعلم أن للأئمة والفقهاء فى اعتبار القصد فى العقد ، أو عدم اعتباره رأيين ، وأنهم بازاء ذلك فريقان :

فكثير منهم يأخذون بظاهر القول والعبارة التى ورد بها العقد من غير بحث عن النيات والمقاصد الا اذا دل عليها بلفظ فى العقد (١) ·

وطائفة منهم ــ وعلى رأسها ابن القيم ــ ترى القصود معتبرة فى العقود، فلا يقتصر على الألفاظ المجردة ،والعبارات التى لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها ، وذلك متى قامت الأدلة أو القرائن على ما قصد ·

فابن القيم مذهبه مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدين دون الألفاظ المجردة وهو يرى أن العاقد ان قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ووجدت قرينة تنبىء عن هذه النية ، ولم يكن مقصوده أمرا تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجوزه ــ ففى هذا يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء · أما اذا كان ما نواه أمرا لم يبحه الشرع ، وقامت القرائن على ما قصد فانه يفسد عقده ولا يصح ، ويرد عليه قصده ، ولا تترتب عليه أحكام العقد الصحيح ، وذلك كمن قصد بالشراء الربا ، وكالمحلل اذا قال تزوجت وهو لا يقصد بلفظ التزوج المعنى الذى جعله الله للزواج فى الشرع فانه يكون اخبارا كاذبا أو انشاء باطلا لأنه ليس له قصد فى الصحبة ولا فى العشرة ، ولا فى المصاهرة ولا الولد ، بل قصده أن يفارق لتعود المرأة الى غيره : فالله تعالى جعل النكاح سببا للمواصلة والمصاحبة

---

(١) راجع كتاب الملكية ونظرية العقد للأستاذ المحقق محمد أبو زهرة ·

والمودة والرحمة بين الزوجين ، والمحلل جعله سببا للمفارقة فانه تزوج ليطلق (١) ٠

وبناء على هذا البيان نستطيع أن نقول ان الشرط الثانى مبنى على رأى هذه الطائفة الذى ايده بالدليل الواضح الامام ابن القيم فى كتابه اعلام الموقعين ، وهو ــ ولا شك ــ مستند فى أصله الى الحديث المشهور : « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » ، كما يصح الاستناد فيه الى القاعدة الشرعية التى وردت بالمذكرة التفسيرية ٠

أما وصية غير المسلم فقد عرضت له الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة المذكورة ، وقبل أن نعرض لها بالبيان يحسن أن نجمل آراء فقهاء الحنفية وغيرهم فى وصايا غير المسلمين ، فنقول : غير المسلم اما أن يكون حربيا ، أو مرتدا ، أو ذميا (٢) ٠

(أ) فالحربى سبق أن ذكرنا حكم وصيته والوصية له ــ عند الحنفية ــ وذلك عند التكلم فى الشرط الرابع من شروط الموصى له ٠ وفى المذهب الشافعى تصح الوصية من الكافر سواء أكان حربيا أم لا٠ كذلك عند الحنابلة لا يشترط فى الموصى أن يكون مسلما ، فتصح من الكافر ، كما تصح له ولو كان مرتدا أو حربيا بدار الحرب ما لم يكن مقاتلا ،

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى الجزء الثالث من اعلام الموقعين ص ١٠٣ وما بعدها الطبعة المنيرية ٠

(٢) غير المسلمين ــ عند الحنفية ــ أربعة أصناف ٠

أ ــ أهل ذمة : وهم من أقاموا بين المسلمين ، ورضوا بحكمهم ، ودفعوا الجزية ٠ وهؤلاء لهم ما لنا ، وعليهم ما علينا ، وهذا فى حق من تقبل منهم كأهل الكتاب ٠ وعبدة الأوثان من العجم ــ بخلاف وثنى العرب فانه لا تقبل منهم الجزية٠

ب ــ المرتدون وعبدة الأوثان من العرب وهؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف ، ولا تقبل منهم الجزية ٠

جـ ــ ذوو عهد : وهم من عاهدهم المسلمون على ترك الحرب ٠ وهؤلاء لا يحل قتالهم مادام عهدهم باقيا ٠

د ــ حربيون : وهم غير من ذكر أى أنهم غير مسلمين وليسوا بأهل ذمة ولا عهد ولا بمرتدين وحكم الجهاد بالنسبة اليهم معروف فى كتب الفقه ٠

فان كان فلا تصح الوصية له على الصحيح ، والمالكية كذلك يشترطون فى الموصى الاسلام : فتصح وصية الكافر للمسلم الا اذا أوصى بما يحرم على المسلم الانتفاع به كالخمر والخنزير (١) ·

(ب) والمرتد — فى المذهب الحنفى — على الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه : وصيته جائزة نافذة عندهما ، ولكنها موقوفة عند أبى حنيفة : ان أسلم نفذت ، وان مات على ردته بطلت كسائر تصرفاته · أما المرتدة فالأصح أن وصاياها تصح لأنها لا تقتل ، وصارت كالذمية ، وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية ، حتى لا تصح منها وصية ، وقالوا فى الفرق بينها وبين الذمية ان الثانية تقر على اعتقادها ، بخلاف المرتدة (٢) ·

وفى المذهب الشافعى : تصح وصية المرتد بشرط أن يعود الى الاسلام ، أما اذا مات مرتدا فان وصيته تبطل(٣) فهو كرأى الامام أبى حنيفة

(جـ) وصايا الذمى : وصاياه التى يراد منها التمليك والصلات الشخصية التى لا تدخل فى باب القربات — كوصايا المسلم حتى قال فى شرح الهداية فى فقه الحنفية : لو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته فانه لا يجوز « أى الا بالاجازة » — اعتبارا بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته جاز — اعتبارا بالارث : أذ الملل غير الاسلام تعتبر ملة واحدة (٤) وهذا كما اذا أوصى الذمى لأحد أقاربه أو أصدقائه ولو كان غنيا ·

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ من ص ٤٣٨ الى ص ٤٤٧ ·

(٢) شرح الهداية والعناية ج ٨ ص ٤٨٨ ، ورد المحتار ج ٥ ص ٤٦١ ·

(٣) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٤٣ ·

(٤) شرح الهداية وتكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٨٨ ·

أما وصاياه التي تدخل في باب القربات فهذه تنقسم ـ في المذهب الحنفي أربعة أقسام :

الأول : أن يوصى بما هو قربة عندنا وعندهم ـ كما اذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس ، أو أوصى لجماعة الرفق بالحيوان ، أو لمستشفى الولادة بالحي الفلاني . وهذا القسم جائز بالاتفاق سواء أكانت الوصية لقوم معينين أم لا لأنه وصية بما هو قربة حقيقة ، وفي معتقدهم أيضا قربة .

الثاني : أن يوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ـ كما اذا أوصى بالنياحة ، وهذا غير جائز اتفاقا أيضا لأنه معصية في حقنا وحقهم .

الثالث : أن يوصى بما هو قربة عند المسلمين ، وليس بقربة عندهم ـ كما اذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدهم .

وهذه الوصية أيضا باطلة باتفاق علماء الحنفية كما في القسم الثاني لأنه معصية عندهم فبطلت اعتبارا لاعتقادهم، الا أن تكون لقوم بأعيانهم (١) ، فتصح باعتبار التمليك ، لأنهم معلومون ، وما ذكره من الجهة من اسراج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام ، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاءوا لأنه ملكهم .

ويؤخذ من مذهبي الشافعي وأحمد أن الوصية صحيحة في هذا القسم الثالث ـ خلافا للحنفية لأن الموصى به قربة في نظر الشرع الاسلامي ، وهما يعتبران القربة المطلوبة أن تكون في نظر الاسلام قربة (٢) . وبالموازنة نجد هذا الرأي أولى بالقبول من رأى الحنفية لما فيه من احترام ارادة الموصى

---

(١) وهم المعلومون الذين يحصى عددهم .

(٢) راجع شرح قانون الوصية للعالم الاستاذ محمد ابو زهرة ص ٥٤ من الطبعة الثانية .

وتنفيذ رغبته ، ولأن الموصى به قربة فى الواقع والحقيقة ، وان لم يكن قربة فى اعتقاده ، على أن المصلحة الاجتماعية تقضى بعدم رد مثل هذه الوصايا التى توثق الروابط ، فقد يرغب بعض الأثرياء من غير المسلمين فى الوصية ببناء المساجد ، أو بجزء من ماله للانفاق على عمارتها واصلاح شئونها تأكيدا لصلات بينه ، وبين العمال والصناع والزراع من المسلمين ـ ففى اجازتها تحقيق اليسر ورفع الحرج وقد أشارت الى ذلك المعنى المذكرة التفسيرية لقانون الوقف حينما عرضت لشرح المادة السابعة منه ، وبيان مسوغات جواز وقف غير المسلم على ما هو قربة عندنا ، وليس قربة فى ملته، وذكرت أن ذلك هو مذهب الشافعية والحنابلة ٠

الرابع : أن يوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا : كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ٠ وهذا القسم مختلف فى حكمه بين الامام وصاحبيه : فالامام يقول بجواز الوصية فيه ، والصاحبان يقولان انها باطلة ، ووجه قولهما ان الموصى به معصية حقيقة ، وان كان معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقرير المعصية ٠ ووجه قول أبى حنيفة أن هذه قربة فى معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ـ فتجوز بناء على اعتقادهم ، ورأى الامام أقوى وأرجح لقوة دليله ، ولما فيه من اليسر ورفع الحرج ، فان كانت لقوم معينين جازت باجماع علماء الحنفية تمليكا ، ولا يلزمهم جعلها كنيسة ، فحاصله أن وصيته لقوم معينين يجوز فى الكل على أنه تمليك لهم (١) ٠

ويستخلص مما تقدم بيانه أننا أخذنا بمذهبى الشافعية والحنابلة فى القسم الثالث ، ورأى أبى حنيفة فى القسم الرابع ـ كانت وصية غير المسلم صحيحة فى جميع الحالات

---

(١) راجع فى ذلك الهداية ، وشرح العناية ج ٨ ص ٤٨٧ ورد المحتار ج ٥ ص ٤٦٠ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٥ ٠

الا فى حالة واحدة وهى ما اذا كانت الوصية بما هو معصية فى حقنا وحقهم وهو القسم الثانى الذى سبق ذكره ٠

ولقوة حجج هذا الرأى ، ولما فيه من الرفق ورفع الحرج عن الموصين من غير المسلمين ـ أخذت به الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون الوصية حيث قضت بصحة وصية غير المسلم الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية ٠ وعلى ذلك فوصية غير المسلم تصح فى ثلاث حالات : ١ ـ أن تكون وصيته جائزة فى شريعته وعند المسلمين ٢ ـ اذا كانت جائزة فى شريعته محرمة عندالمسلمين ٣ ـ اذا كانت محرمة فى شريعته ، جائزة عند المسلمين ، وتبطل فى حالة واحدة : وهى ما اذا أوصى بما هو محرم فى شريعته وعند المسلمين ٠

وقد عرضت المذكرة التفسيرية لبيان غير المسلم فى المادة : فقالت انه شامل للوطنى والأجنبى فى دار الاسلام وللحربى فى دار الحرب ، ثم قالت ان الأحكام موافقة لمذهب الامام أبى حنيفة الا فى الوصية بما هو قربة عند المسلمين دون شريعة الموصى فانها تصح على مذهب الامام الشافعى غير أن فى اقتصارها على هذا المذهب لتصحيح الوصية فى هذه الحالة محل نظر ـ لما سبق بيانه ٠

ثانيا : موجز لشروط الوصية ـ عند سائر الأئمة :

ذكرنا ـ فيما سبق ـ شروط الوصية فى المذهب الحنفى، وما دار حولها من وفاق وخلاف مع بيان الأدلة ، والموازنة بين مختلف الآراء ، والترجيح بينها ٠ واتماما للبحث نذكر موجزا لأهم شروط الوصية فى المذاهب الأخرى :

(أ) : المذهب المالكى :

يشترط فى الموصى ـ عند المالكية ـ شرطان : أحدهما أن يكون حرا ، وثانيهما أن يكون مميزا : فلا تصح وصية المجنون والصغير والسكران اذا فقدوا التمييز وقت الايصاء ٠

فالبلوغ ليس بشرط لصحة الوصية عندهم ـ غير أن بعضهم يقول بصحة وصية الصبى المميز مطلقا ، وبعضهم يقول بصحتها بشرط أن تكون بقربة ، كذلك لا يشترط فى الموصى الاسلام فتصح وصية الكافر للمسلم الا اذا أوصى بما يحرم على المسلم الانتفاع به كالخمر والخنزير

ويشترط فى الموصى له أن يكون ممن يصح أن يملك ما أوصى له به اما حالا واما مآلا ـ فتصح الوصية للحمل الموجود ، أو الذى سيوجد ، فاذا قال أوصيت بكذا لمن سيوجد لفلان من أولاد فانه يشمل من كان حملا فى بطن أمه، ويشمل من لم يكن موجودا أصلا ، فيؤخذ الموصى به للحمل اذا لم يكن حملا ، وللوضع ان كان حملا . فاذا وضع الولد استحق الموصى به ـ بشرط أن يستهل صارخا ، والا فانه لا يستحقه . فنزول الولد مستهلا شرط استحقاقه للموصى به ـ لا لصحة الوصية . ثم اذا ولدت أكثر من واحد ـ وزع الموصى به عليهم بنسبة واحدة : الذكر مثل الأنثى ، ما لم ينص على غير ذلك ، فان نص على تفضيل أحد عمل بنصه (١) .

الوصية للمعدوم فى المذهب المالكى :

سبق أن قلنا فى المذهب الحنفى : انه يشترط فى الموصى له أن يكون موجودا وقت الوصية ان كان معينا بالاسم أو الاشارة ، وأن يكون موجودا وقت الوفاة فقط ان لم يكن معينا بالاسم ولا بالاشارة ـ كما اذا أوصى لبنى فلان ولم يسمهم ولم يشر اليهم ، وذلك لكى تكون الملكية للموصى له بالخلافة عن الموصى .

أما مذهب الامام مالك ـ فانه لا يشترط وجود الموصى له وقت الوصية ، ولا وقت موت الموصى ـ خلافا لمذهب الحنفية ـ فتجوز الوصية ـ عند المالكية للمعدوم ، وهو من لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد فى

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٤٠ و ٤٤١ .

المستقبل ، سواء أوجد عند الوفاة ، أم لم يوجد الا بعدها • ومذهب مالك ـ في هذا ـ أرجح من مذهب الحنفية ، لما فيه من التوسعة على الناس ، وهذا يتفق مع المصلحة ، اذ الوصية من أعمال البر والصلات ، وهذه يتوسع فيها بما لا يتوسع في غيرها • وقد أجاز الفقهاء في الوصية ما لم يجيزوه في سواها ، حتى أجازوها بالمجهول ، وبالمعدوم الذى سيوجد ، ولأن الوصية كالوقف ، وقد صح الوقف على من سيوجد ، فتصح الوصية أيضا •

كذلك تجوز الوصية ـ عند مالك ـ للميت ، في الأقوال المشهورة عنه ، ان علم الموصي بموته وقت الوصية ، وهى لورثته بعد قضاء ديونه ، وتنفيذ وصاياه ـ لان الغرض نفعه بها ، وبهذا يحصل له النفع ، فأشبه ما لو كان حيا • وتبطل الوصية اذا لم يكن له وارث ، وليس عليه ديون ولا وصايا ـ لاستحالة تنفيذها • أما اذا كان الموصى لا يعلم وقت الوصية بموت الموصى له ـ فانها لا تصح ، لأن الظاهر أنه قصد الوصية له بفرض كونه حيا •

وجمهور الفقهاء ـ ومنهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد ـ على بطلان الوصية للميت ـ لأنه ليس أهلا للتملك ، ولأنه أوصى لمن لا تصح الوصية له اذا لم يعلم حاله ، فكذلك لا تصح اذا علم حاله ، ولانه عقد يفتقر الى القبول ـ فلم يصح للميت كالهبة • ووافق رأى الجمهور من المالكية محمد بن عبد الحكم ، فقال ببطلانها • أما سائر المالكية فانهم يقضون بما فيه المصلحة في نظرهم ، ولو خالف القواعد ، وقالوا ان المصلحة هنا في تنفيذ الوصية للميت لأن فيه تنفيذ ارادة الموصى ، وعدم اهدار قوله ، كما أن فيها مصلحة الموصى له بسداد ديونه واعطاء ورثته ، وهم لا يتمسكون بالقواعد ان عارضت المقاصد والمصالح ومهما يكن من شيء ـ فرأى جمهور الفقهاء أولى وأرجح (١) •

(١) راجع المغنى ج ٦ ص ٤٣٦ طبعة المنار ، ثم شرح قانون الوصية للعالم الجليل الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٨٣ ، ٨٤ من الطبعة الثانية •

وبمذهب المالكية الذى يجيز الوصية للمعدوم ـ آخذ قانون الوصية المصرى فكان أساسا للأحكام التي وردت بالمواد ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ :

فالمادة ٢٦ : قضت بصحة الوصية بالاعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون والمراد بالمعدوم من لم يوجد ، وبالموجود ما يعم الموجود بالذات وبالوصف . وتصح هذه الوصية مطلقا سواء اذكرهم الموصى بلفظ يدل على انهم لم يوجدوا كالوصية لمن سيوجد لفلان من أولاد ، او لمن يكون فقيرا منهم ، ولم يكن منهم فقير حين الوصية ، أم ذكرهم بلفظ يشمل الموجود منهم ومن لم يوجد كالوصيه لأولاد فلان أو لطلبة العلم منهم . ثم ذكرت المادة أن الغله قبل وجود أحد منهم تكون ملكا لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصى . أما اذا وجد أحد منهم عند موت الموصى أو بعده ـ فانه يستحق الغلة الى أن يوجد غيره ، فيشترك معه فيها ، وهكذا الى حين اليأس من وجود مستحق آخر ـ فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعا ، ويكون نصيب من مات منهم لورثته .

والمادة ٢٧ : قضت بأن الوصية لمن ذكروا فى المادة ٢٦ اذا كانت بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى ـ تكون لورثة الموصى ، وان وجد مستحق حين الوفاة أو بعدها ـ كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد من المستحقين الى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ـ ترد العين لورثة الموصى ان لم يكن قد أوصى بها لآخر ، فتكون له ، هذا ويراعى ما نصت عليه المادة ٧٠ ـ وهو أن الوصية بالمرتبات لغير معين لا تصح الا بالنسبة للموجودين حين موت الموصى ـ أخذا بمذهب الحنفية .

ويلاحظ ـ كما قضت المادة ٢٩ ـ أن الوصية بالمنفعة للطبقات لا تصح الا للطبقتين الأوليين ، فان كانت لأكثر من طبقتين بطلت فيما زاد عليهما أخذا من مذهب ابن أبى ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع (١) ، ومتى انقرضت الطبقتان كانت العين تركة الا اذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم ٠

والمادة ٣٠ : قضت بصحة الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذالوصية دون التقيد بالتعميم أوالمساواة ، ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار فان لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك ٠ وقالت المذكرة التفسيرية ان هذه المادة جديدة مأخوذة من مذهب الامام مالك ، ومن القاعدة الشرعية وهى أن لولى الأمر أن يأمر بمباح : فمذهب مالك يجيز الوصية لمن لا يحصون (كالوصية لأهل القاهرة) وينص على أنه ينبغى ايثار المحتاجين منهم وأنه لا يلزم التعميم ولا المساواة ، بل يترك الأمر فى ذلك لاجتهاد منفذ الوصية أو الحاكم ـ وبناء على القاعدة الشرعية المذكورة يجوز لولى الأمر أن يعين الجهة التى يجب الصرف اليها ، وهم المحتاجون ، فتختص بهم دون غيرهم (٢) ٠

(ب) المذهب الشافعى :

يشترط فى الموصى أن يكون بالغا عاقلا حرا مختارا ، فلا تصح وصية الصبى والمجنون والمغمى عليه ، وفى قول آخر عند الشافعية : تصح وصية الصبى المميز اذا كانت فى

---

(١) المذكرة التفسيرية المادة ٢٩ ٠

(٢) المذكرة التفسيرية المادة ٣٠ ٠

وجوه الخير (١) : ولا يشترط في الموصي الاسلام ، فتصح من الكافر ، سواء أكان حربيا أم لا ، وكذا تصح وصية المرتد بشرط أن يعود للاسلام ، أما اذا مات مرتدا فان وصيته تبطل ، وتصح عنده وصية المحجور عليه لسفه أو فلس لآن عبارتهم صحيحة ٠ وهم في حاجة الى الثواب ٠

ويشترط في الموصى له شروط :

أحدها : أن يكون ممن يتأتى له الملك بنفسه ان كان مكلفا ، أو بوليه ان كان صبيا أو مجنونا ، ونحوهما ٠ فلا تصح الوصية للميت حال موته لأنه لا يتأتى له الملك — خلافا للمالكية على ما سبق بيانه — ولا للمعدوم الا اذا كان تابعا للموجود ، وعلى ذلك تصح الوصية اذا قال : أوصيت بكذا لأولاد فلان الموجودين ، ولمن سيحدث له من الأولاد : فان الوصية تصح للجميع على أن يكون المعدوم تابعا للأولاد الموجودين ٠ أما اذا أوصى لمن سيحدث لفلان من الأولاد فانه لا يصح لأن الشرط أن يكون الموصى له ممن يتأتى له الملك ، والمعدوم لا يتأتى له ذلك ، وهذا بخلاف الوقف : فانه يصح فيه ذلك لأن المقصود منه الدوام (٢) ٠ ويستثنى من عدم صحة الوصية للميت : الوصية بغسله وتكفينه وتجهيزه ، فهي جائزة لأنها في الحقيقة وصية لمن يلي أمر تجهيزه ، أو يقال : انها وصية لجهة بر ، لا لشخص الميت ٠

ومن ذلك الوصية على الدابة لأنها غير أهل للملك الا اذا كان الغرض صاحبها أو علفها ٠ وان كانت لعلفها اعتبرت الوصية لجهة بر لأن اطعام الحيوان والرفق به من جهات البر — غير أنه يشترط لصحة الوصية أن يقبلها مالك الدابة لأنه

---

(١) روت ذلك القول كتب الحنفية — انظر شرح الهداية ، وكتاب تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٥ ٠

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ ٠

المقصود بالوصية فى هذه الحالة ، ولكن لا يسلم علفها للمالك بل يصرفه الوصى ان وجد ، فان لم يكن يسلم للقاضى أو نائبه (١) واذا باعها بعد موت الموصى أنتقلت الوصية للمشترى على المعتمد ٠

ثانيها : أن يكون الموصى له معينا ان كان شخصا غير جهة ــ كخالد ، فاذا أوصى بثلث ماله لخالد ولم يعينه فلا تصح الوصية ٠

أما اذا كانت الوصية لجهة بر فانه لا يشترط تعيينها ــ كما اذا أوصى للفقراء والمساكين ٠ فانه يصح ولا يلزم تعيين فقراء مخصوصين ، بل لو قال أوصيت بكذا من مالى ، ولم يذكر الموصى له أصلا ــ فانه يصح لأن الموصى له يكون مذكورا ضمنا ، وهو جهة البر ٠

وتصح الوصية ــ فى المذهب الشافعى ــ بالحمل ٠ كما فى المذهب الحنفى : فاذا أوصى شخص لآخر بالحمل الذى فى بطن بقرته فان الوصية تصح ٠ واذا كان الحمل موجودا فى بطن أمه يشترط أن يكون وجوده معروفا عند الوصية ، وأن ينفصل حيا ، ويرجع فى معرفة مدة حمله الى أهل الخبرة ٠ أما اذا كان الحمل معدوما رأسا فان الوصية تصح به لأنه لا يشترط أن يكون الموصى به موجودا حتى صحت الوصية عندهم بثمرة البستان ، وبحمل الدابة فى هذا العام على الأصح (٢) ٠

كذلك تصح الوصية للحمل كما اذا قال أوصيت لولد فلان الذى فى بطن أمه بكذا : ففى هذه الحال تصح الوصية له بشرطين

---

(١) المصدر السابق ٠

(٢) المصدر السابق ص ٤٤٥ ٠

الأول : أن ينفصل حيا بحيـاة مسـتقرة ، فلا يكتفي بخروج أكثره حيا كما هـو رأى الحنفيـة (١) . وبمذهب الشافعي في ذلك أخذ القانون في مادته الخامسة والثلاثين ، وقالت المذكرة التفسيرية انه قد رؤى من المصلحة العدول عن مذهب الحنفية الى مذهب الشافعي الذى يشترط في الحمل أن يولد وبه حياة مسـتقرة . ثم قالت ان الحيـاة المستقرة تثبت بوجود الأعراض الظاهرة للحيـاة كالبـكاء والصراخ والشهيق ، فان لم توجد هذه الأعراض رجع الى رأى الأطباء الشرعيين للتحقق من أن الجنين ولد حيا حياة يقينية .

الشرط الثاني : أن يكون موجودا عند الوصية ، ولأن الشافعية يرون أقصى مدة الحمل أربع سنين ــ اختلفوا بعض الاختلاف مع الحنفية في طريق معرفة وجود الحمـل عنـد الوصية : فقالوا : يعرف وجوده اذا ولدته في مدة تقل عن ستة أشهر من وقت الوصية اذا كانت المـرأة فراشـا ينسب الحمل اليه كأن تكون متزوجة . أما اذا لم تكن كذلك ــ فان لم يكن لها فراش أصلا فلا تصح الوصية ، وان كان لها زوج توفى عنها أو طلقها فان الوصية تكون للحمل اذا ولدته لأقل من أربع سنين ، وهى أقصى مدة الحمل عندهم (٢) .

(ج) الحنابلة :

يشترط عندهم ــ في الموصى أمور : منهـا أن يكـون عاقلا فلا تصح الوصية من المجنون جنونا مطبقا ، ولا كذلك الذى يغمى عليه أو يختنق (يتشنج) أحيانا ثم يفيق : فان وصيته تصح حال افاقته .

وأما ضعيف العقل ضعفا لا يمنع رشده فان وصيته تصح في ماله ، كما يصح له أن يقيم وصيا على أولاده من بعد موته فاذا كان ضعيف العقل ضعفا يمنع رشـده ويوجب الحجـر عليه ــ فانه يصح له أن يوصى بماله فقط ، ولا يصح له أن

(١) لأن للأكثر عندهم حكم الكل .
(٢) المصدر السابق ص ٤٤٥ .

يقيم وصيا على أبنائه لأنه اذا كان لا يحسن التصرف على نفسه ـ فلا يملك اختيار من يتصرف على غيره • ويظهر ان هذه التفرقة بين صحة وصيته بالمال وعدم صحة اقامته وصيا على أولاده • غير مقبولة لأنه اذا كان ضعف عقله شديدا بحيث يوجب الحجر عليه كان ذلك موجبا للحكم عليه بعدم حسن التصرف في أمواله أيضا •

ومنها أن يكون الصغير مميزا • فلا تصح من صبى فاقد التمييز • وتصح من الصغير المميز (١) فالبلوغ عندهم ليس بشرط كالمالكية •

ومنها ألا يكون محجورا عليه لسفه اذا أراد الايصاء على أولاده ، فايصاؤه باطل لأنه لم يحسن التصرف على نفسه ، فلا يحسن اختيار من يوصيه على غيره • أما وصية المحجور عليه لسفه بماله فانها تصح في أصح الوجهين عندهم ـ لأن وصيته مصلحة من غير ضرر ، فانه ان عاش لم يذهب من ماله شيء وان مات فهو محتاج الى الثواب ، فصحت وصيته كعباداته (٢) •

ولا يشترط في الموصى له أن يكون مسلما : فتصح الوصية للكافر ولو مرتدا أو حربيا بدار الحرب ما لم يكن مقاتلا • فان كان فلا تصح الوصية له على الصحيح •

وتصح الوصية لفرس فلان أو دابته وان لم يقبل فلان الوصية ، ويصرف الموصى به في علفه • ويتولى الانفاق عليه الوصى أو القاضي لا صاحب الفرس (٣) وهذا الحكم ـ كما ترى ـ مخالف لرأى الحنفية والشافعية ـ ولكنه جدير بالقبول والأرجحية لما فيه من مراعاة الحيوان والرفق به • واعتباره كأنه جهة من جهات البر •

---

(١) هناك روايات واقوال اخرى في المذهب الحنبلي بالنسبة لوصية الصبي اذا عقل ـ منها انها تصح اذا جاوز العشر ووافق الحق • ومنها انها لا تصح حتى يبلغ ـ راجع المغنى ج ٦ ص ٥٢٦ ، والشرح الكبير جـ ٦ ص ٤١٧ •

(٢) الشرح الكبير في فقه الحنابلة ص ٤١٦ •

(٣) راجع فيما تقدم الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٤٦ ، ٤٤٧ •

ومنها ألا يكون الموصى له قاتلا للموصى • وقد تقدم تفصيل ذلك وبيانه فى شروط الموصى له عند الحنفية •

وتصح الوصية للحمل ــ فى المذهب الحنبلى ــ كغيره من المذاهب ــ لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصى له بغير عوض كانتقاله الى وارثه • والحمل يرث ، فتصح الوصية له ، ولأن الوصية أوسع من الميراث فانها تصح للمخالف فى الدين ــ بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى (١) ــ غير أنه يشترط لصحة الوصية ما يأتى :

أولا : أن يولد حيا ــ فان انفصل ميتا بطلت الوصية لأنه لا يرث ، ولأنه يحتمل ألا يكون حيا حين الوصية • فلا تثبت له الوصية ولا الميراث بالشك •

ثانيا : أن يحكم بوجوده حال الوصية ، وبيان ذلك يستفاد مما قاله صاحب المغنى ، وصاحب الشرح الكبير فى فقه الحنابلة (٢) وخلاصة ما قالاه : ان المرأة ان كانت فراشا لزوج متمكن من قربها فانه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتى به لستة أشهر فأقل للعلم بوجوده حين الوصية ، فان أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية • كذلك يشترط اذا وصى لحمل امرأة من زوجها المعين ــ الحاقه به ، وثبوت نسبه منه ، فان انتفى منه لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط فى الوصية •

وان كانت فراشا لزوج لا يقربها لكونه غائبا فى بلد بعيد أو مريضا مرضا يمنع من القربان ، أو كان أسيرا أو محبوسا أو نحو ذلك ــ فان الحنابلة لا يفرقون بين هذه الصور وبين حالة تمكنه من المباشرة لأنهما لم يفترقا فى لحوق النسب بالزوج فكانت فى حكم من يقربها ــ قال صاحب

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٧٤ وما بعدها •
(٢) جـ ٦ ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ •

المغنى : « ويحتمل أنه متى أتت به فى هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودا حال الوصيه ـ مثل ان تضعه لاقل من غالب مدة الحمل ، أو تكون امارات الحمل ظاهرة ، او أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودا بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا ـ صحت الوصية له ـ الى آخر ما قال » .

أما اذا كانت المرأة بائنا فان أتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصيه . فان الوصيه لا تصح له . وان أتت به لاقل من ذلك ـ صحت الوصية له لأن الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ، ويحكم بوجوده اذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعى (١) ، وهذا الحكم مبني على أن أقصى مدة الحمل أربع سنين عند كل من الحنابلة والشافعية . وهناك وجه آخر فى المذهب الحنبلى مبنى على أن أكثر مدة الحمل سنتان ، وهو أن المرأة اذا كانت بائنا لا تثبت الوصية للحمل اذا أتت به لأكثر من سنتين (٢) .

ويشترط فى الموصى به أن يكون فى اختصاص الموصى، فلا تصح الوصية بملك الغير ولو ملكه بعد الوصية : فاذا قال أوصيت بمال فلان ، ثم ملكه بطلت الوصية . وهذا متفق مع المذهب الحنفى . ولا يشترط فى الموصى به عند الحنابلة ـ أن يكون موجودا . فتصح الوصية بالمعدوم ـ كثمر البستان مدة معينة ـ أو دائما ، كما تصح الوصية بما تحمل دوابه وأغنامه ، وبعضهم يقول : لا تصح بمثل ذلك . وكذا لا يشترط فيه أن يكون مقدورا على تسليمه : فتصح الوصية بالطير فى الهواء ، والحيوان الشارد ، ونحو ذلك . وعلى الموصى له أن يسعى فى الحصول عليه (٣) .

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٧٥ .
(٢) الشرح الكبير على متن المقنع جـ ٦ ص ٤٧٧ .
(٣) المصدر السابق ص ٤٤٧ ، ٤٤٨ .

وهناك مسائل ورد ذكرها في مبحث شروط الوصية ـ التي سبق بيانها ولكنها تحتاج الى نوع خاص من البحث ، لما يدور حولها من اختلاف وجهات النظر ، وما يساق فيها من ادلة وحجج ـ ولهذا تصح أن تكون موضع مقارنة وموازنة وترجيح • كما أن هناك بعض مسائل متصلة بهذه الشروط وتحتاج الى بحث ونظر• ولذلك سنخص ـ فيما يلي ـ أهمها بالبحث وهذه هي :

١ ـ وصية الصبي • ٢ ـ الوصية للحمل بين الفقه والقانون • ٣ ـ مبطلات الوصية • ٤ ـ الرجوع عن الوصية ٥ ـ الوصية للوارث •

١ ـ وصية الصبي

اتفق الأئمة والفقهاء على أن وصية الصبي غير المميز الذى لا يقصد الى معاني العبارات قصدا صحيحا ـ باطلة لفقدانه الأهلية فهو كالمجنون والمعتوه غير المميز •

أما الصبي المميز فقد سبق رأى المالكية في الحكم على وصيته وهو أنها صحيحة مطلقا في رأى بعضهم ، وصحيحة بشرط أن تكون بقربة على رأى بعضهم الآخر • كذلك تقدم رأى الحنابلة في وصيته وهو أنها صحيحة • وعند الحنفية : وصيته لا تصح •

أما الشافعي فقد قال في شرح الوجيز للرافعي (١) : « في وصية الصبي المميز قولان : أرجحهما عند الأستاذ أبي منصور أنها صحيحة، وبهذا القول قال مالك وأحمد• والثاني وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة • أنها باطلة كهبته واعتاقه » • وكتب الحنفية كالهداية وتبيين الحقائق قيدت صحة الوصية على أحد قولي الشافعي ـ بما اذا كانت

(١) راجع حاشية سعدى جلبي على العناية جـ ٨ ص ٤٣٣ •

فى وجوه الخير ، والقانون فى مادته الخامسة لا يجيز الوصيه ممن لم تبلغ سنة ثمانى عشرة سـنة شـمسية ، فاذا بلغها جازت وصيته باذن المجلس الحسبى ، ومن المقرر قانونا ان الوصاية أو الولاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا رأى المجلس استمرارها . وحجه من قال بصحة وصيته ان غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين ، فأوصى لبنت عم له ، وله وارث . فرفعت القضية الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأجاز وصيته ، كما روى مالك فى موطئه عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره « أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ها هنا غلاما يفاعا (١) لم يحتلم وورثته بالشام ، وهو ذو مال . وليس له ها هنا الا ابنة عم . قال عمر : فليوص لها » وعن عثمان أنه أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سـنة (٢) ، ولأن الوصية لا تزيل ملك الصبى فى الحال ، وفيها نظر له بتحصيل التقرب الى الله تعالى واذا لم تنفذ الوصية يبقى ماله ملكا لغيره . فكانت الوصية أولى ، ولأن الوصية أخت الميراث، والصبى فى الارث عنه بعد موته كالبالغ . فكذا فى الوصية .

وحجة القائلين بعدم صـحة وصيته ـ وفى مقـدمتهم الحنفية ـ أنهـا تبرع وهـو ليس من أهله ، ولأن قوله غير ملزم ـ لقصور أهليته ، وتصحيح وصيته يؤدى الى القول بأن قوله ملزم .

ثم قال الحنفية ان الأثر المذكور محمول عـلى أنه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا تسمية للشىء باسم ما كان عليه ، وأنه كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير، كما يحتمل أن وصية الغـلام كانت فى تجهيزه وأمر دفنـه وذلك جائز فى المذهب الحنفى ، كذلك قالوا فى الرد على أن

---

(١) يقال أيفع الغلام : اذا شارف ولما يحتلم . ويريد باليفاع اليافع ـ راجع النهاية فى غريب الحديث والأثر .

(٢) المصدر السابق ، وانظر شرح قانون الوصية .

وصية الصبى فيها نفع له باحراز الثواب بعد الموت ـ بأنه يترك المال على ورثته يحرز الثواب فلا يتعين فيها النفع • وكذلك اذا أوصى الصبى ثم مات بعد الادراك ـ لم تجز تلك الوصية لعدم الأهليـــة وقت المبـاشرة ، وكذا اذا قال : اذا ادركت فثلث مالى لفلان وصية ـ لقصور أهليته ، فهو ليس بأهل لقول ملزم • فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقـا كمـا فى الطلاق • وقال الطحاوى فى تقوية رأى الحنفية : ان الاحتجاج بالأثر المروى عن عمر رضى الله عنه لا يصح من الشافعى ـ اى على أحد قوليه ـ بصحة الوصية من الصبى ـ لأنه مرسل اذ هو رواية عمرو بن سليم ، وهو لم يلق عمرا (١) • وقال ابن حزم : هو مخالف لقول الله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » فهذه الآية تدل على أن الصبى ممنوع عن ماله (٢) •

وليس كل ما قاله الحنفية فى الرد عـلى حجج القائلين بصحة الوصية ـ مسلمـا به ، فان افتراضهم أن الغـلام فى الأثر المذكور كان بالغا يدفعه ما صح فى روايته من أنه كان غلاما لم يحتلـم ، واحتمال كون وصـيته فى أمـر تجهيزه ودفنه يرده ما جاء فى الأثر من أنه أوصى لابنة عم له بمال، فكيف يصح هذا التأويل ؟

ومع هذا كله فنحن بالموازنة بين رأى القـائلين بعـدم صحة الوصية من الصبى ورأى القائلين بصحتها منه ـ نميل الى الـرأى الأول ، ونرجحه لا من الطـريق التى سـلكها الحنفية ، ولكن لأن الوصية انما جازت وشرعت لسد ما توجبه الضرورة ، أو للوفاء بما تقتضيه الحاجة من استدراك المكلف ما عسى أن يكون قد فاته فى حياته من واجبات ، أو تنفيذ

---

(١) شرح العنايه على الهداية جـ ٨ ص ٤٣٣ ـ هـذا والمرسـل لا يحتج به الشافعى الا بشروط معينة مبينة فى كتب أصول الفقه •

(٢) المصدر السابق •

ما يرغب فيه من بر وصلات · ولعل ما نسب الى عمر وعثمان رضى الله عنهما ـ كان عن اجتهاد منهما ·

٢ ـ الوصية للحمل : بين الفقه والقانون

بينا ـ فيما تقدم ـ حكم الوصية للحمل عند الحنفية ، وغيرهم من الشافعية والحنابلة · وأشرنا الى أن سبب اختلافهم فى بعض أحكامه وتفصيلاته انما يرجع الى اختلافهم فى أقصى مدة الحمل ·

ولما كان قانون الوصية المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عرض لبيان حكم الوصية للحمل ، وشروط صحتها وبيان طريقة استحقاقه فى المادتين ٣٥ ، ٣٦ ـ وكانت جل أحكامه فى هذا الشأن أيضا مبنية على تحديد مدة الحمل ومراعاة اعتبارات أخرى ـ ناسب أن نقدم بين يدى الموضوع كلمة عن مدة الحمل · أقلها وأقصاها فى نظر الفقهاء وفى رأى القانون ، ثم نقفى على أثرها ببيان الوصية للحمل كما ذكرها القانون ·

اتفق الفقهاء على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر اما من وقت العقد ، واما من وقت الدخول ـ على الخلاف فى ذلك ·

فأقل مدة الحمل ستة أشهر اجماعا · والغالب فيها تسعة أشهر (٢) ـ وقد توصل الفقهاء الى تعيين أقل مدة الحمل استنباطا من قول الله تعالى (٣) « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » مع قوله « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٠٨ طبعة الحلبى سنة ١٣٣٩هـ ·

(٢) أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للعلامة الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٤٨ طبعة الفتوح سنة ١٩٢٥م ·

(٣) راجع تفسير البيضاوى « سورة الأحقاف » ·

لمن أراد أن يتم الرضاعة » لأنه بحط مدة الفصال (حولين) تبقى ستة أشهر لأقل مدة الحمل ·

أما أقصى مدة الحمل فقد اختلفوا فيها اختلافا كثيرا : فالحنفية يقولون ان أقصى مدة الحمل سنتان مستدلين بما رواه الدارقطنى والبيهقى فى سننهما عن عائشة رضى الله عنها قالت :

« ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » أى حال دورانه ، والغرض تقليل المدة · فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال(١) · وفى معناه ما ورد عنها : « لا يبقى الولد فى رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » (٢) ·

وعند الليث بن سعدالفهمى : ثلاث سنين، وعند مالك : خمس ، وقال بعض أصحابه : سبع وبه قال الزهرى ، وقال الشافعى : أربع سنين ، وهو رأى عند المالكية ، ورأى الحنابلة ·

وقال محمد بن عبد الحكيم المصرى : أقصى مدة الحمل : سنة هلالية وقال داود : تسعة أشهر (٣) ·

هذا وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة · ولو ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك شىء لأخذ به جمهور أئمة الشريعة ، ولم يركنوا الى أقوال أفراد العامة فى ذلك نساء ورجالا · ولو ثبت الأثر المذكور ، المنسوب الى عائشة ما قال مالك رضى الله عنه فيه : سبحان الله ، من يقول هذا ؟ ومالك من كبار أئمة الحديث ، كما هو من كبار أئمة الفقه ، كذلك الشافعى رضى الله عنه لم يقل به مع علمه ومكانته فى السنة ·

---

(١) المصدر السابق ص ٣٤٦ ·

(٢) فقه الاسلام للمؤلف ص ٢٩٠ من الطبعة الأولى ·

(٣) المصدر السابق ، وكتاب بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠٨ ·

كذلك أقوال مالك والشافعى والليث والزهرى فى اقصى مدة الحمل ليس عليهـا دليل نقـلى ولا واقعى ، وانما بنى أغلبهم رآيه فى ذلك على أخبار آحاد من الناس ، أو آخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين(١)، وكل هذا مخالف لما دلت عليه الاستقراءات الطبيـة والتجـارب المحكمـة . والمـلاحظات الدقيقة المتـكررة التى وصلت الى درجة اليقين الاستقرائى : فقد شهد كل منها بأن الولد لا يمكث فى بطن أمه آكثر من مدة الحمل المعتادة وهى تسـعة أشهر ، ثم يولد حيا الا نادرا فيمكث الى ثلثمائة يوم ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر اذا وجـد عائق ، غير آنه اذا كان الحمـل خارج الرحم فقد يمكث زمنا طويلا ، ولكنه يكون ميتا ، ويظهـر على شكل ورم(٢) . ولهذا كان أولى الآراء بالقبول والأرجحية راى من يقول : ان أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ثم يليـه رأى محمد بن عبد الحكيم الذى يقول انها سنة قمرية ـ قال ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد (٣) : المسألة (يعنى أقصى مدة الحمل) مرجوع فيها الى العادة والتجـربة . وقول ابن عبد الحكيم والظاهرية أقرب الى المعتاد . والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد ، لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا، وهذا الكلام كما ترى ـ قوى من كل الوجوه ، جـدين بالاتبـاع والقبول .

ولما رأت وزارة العدل المصرية فى سنة ١٩٢٩ تعـديل بعض أحكام الأحوال الشخصية ـ أصدرت القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقد اشتمل على المادة ١٥ ـ الخاصـة بدعوى النسب ، وجاء فى المذكرة الايضاحية لهـذا القانون عنـد تعرضها للمادة المذكورة أن رأى الفقهاء فى ثبـوت النسب مبنى على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ، وليس فيهـا كتـاب

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عند بيانها للمادة ١٥ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ طبعة الفتوح سنة ١٩٢٥ م .

(٣) جـ ٢ ص ٣٠٨ طبعة سنة ١٩٣٩هـ .

ولا سنة ـ فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل ، فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى ـ عند التشريع ـ أن تعتبر أقصى مـدة الحمـل ٣٦٥ يوما ، حتى تشمل جميع الأحـوال النادرة • وهـو قريب من رأى ابن عبد الحكم الفقيه المصرى المالكى ، ولم يختلفا الا فى صفة السنة التى اعتبرت أقصى مدة للحمـل • فابن عبد الحـكم يعتبرها سنة هلالية ، والطبيب الشرعى اعتبرها ٣٦٥ يوما•

وفى اعتقادى أن الطبيب الشرعى ليس لديه طريقـة يتيقن بها أن الولد قد يمكث فى بطن أمه حيا طوال هـــذه المدة ، ولا دليل على ذلك الا مجـرد الظن اتبـاعا للأحوط ، وأعتقد أنا لو جمعنا مؤتمرا دوليـا للأطبـاء لبحث هـذا الموضوع فانه من البعيد جدا أن يتفقوا على تعيين المدة التى حددها الطبيب الشرعي بدليل ما نقله صاحب كتاب أحـكام الأحوال الشخصية من أن الاستقراءات الطبية والتجارب دلت على أن الولد لا يمـكث فى بطن أمه أكثر من مـدة الحمـل المعتادة ثم يولد حيا الا نادرا ، فيمكث الى ثلثمائة يوم ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر اذا وجد عائق •

ومن الممكن بعد هذا البيان أن نلخص الأسس التى بنيت عليها أحكام المادة ٣٥ ـ الخاصة بالوصية للحمل ـ فيما يأتى:

أولا : أنها اشترطت لصحة الوصية للحمل شرطين (١) : الأول أن يولد الحمل كله حيا ـ حياة مستقرة ـ أخـذا من مذهب الشافعى (٢) ـ وقد بينا ذلك من قبل • الثانى : أن يكون موجودا حين الوصية اذا كان معينا بالتعيين كما اشترط ذلك المـذهب الحنفى ، وبعض المـذاهب الأخرى ـ غير أن طريقة التحقق من وجوده حين الوصية خالفت فيه المادة بعض ما اشتملت عليه المذاهب الفقهية التى بينـاها من قبـل لمـا سيذكر فى سائر الأسس •

---

(١) راجع المذكرة التفسيرية •

(٢) ومثله ما ورد فى المذهب المالكى والحنبلى •

ثانيا : اعتبارها أقصى مدة الحمل خمسة وستين وتلثمائة يوم بناء على رأى الطبيب الشرعى الذى سبق ذكره • الا اذا كانت الحامل زوجا ، او خالية من الأزواج وعدتهم ولم يقر الموصى بالحمل وقت الوصية ، فانها اعتبرت المدة المعتادة للحمل وهى تسعة الاشهر ، وقالت المذكرة التفسيرية انها عدلت عن مذهب الحنفية الذى يشترط لصحة الوصية للحمل الذى لم يقر به آن يولد لأقل من ستة اشهر من وقت الوصية اذا كانت الحامل زوجا – الى مذهب الحنابلة ، وهو أن تلده لسبعين ومائتى يوم فاقل ولو لم تكن متزوجة – مراعاة لمصلحة الطفل • وهنا يلاحظ آنه بهذا الأساس تكون المادة خالفت رأى ابن عبد الحكم الذى استندت اليه فى اعتبار السنة أقصى مدة للحمل اذ اعتبرت السنة شمسية فى حين أن الحكم يعتبرها سنة هلالية ، كما خالفت المذهب الحنبلى فى اعتبار تسعة أشهر بالأيام فقدرتها بسبعين ومائتى يوم ، فى حين أنها فى ذلك المذهب تعتبر هلالية أيضا (١) وبالتالى تكون المادة باعتبارها السنة الشمسية أقصى مدة للحمل – قد خالفت أيضا المذهب الحنفى فى اعتباره اقصى مدة الحمل سنتين ، كما خالفت المذهب الشافعى والحنبلى فى اعتبارهما أقصى مدة الحمل أربع سنين •

ثالثا : اذا كانت الوصية لحمل من شخص معين – اشترط مع ما ذكر أن يثبت نسب الحمل شرعا من ذلك المعين، وهو مذهب الشافعى ، والا لم تصح الوصية له •

رابعا : اذا مات الموصى قبل انفصال الحمل – وقفت غلة الموصى به ان كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حيا ، فتكون له ، والا كانت لورثة الموصى (٢) ثم ان الحمل يستحق الغلة – متى توافرت شروط الاستحقاق – من وقت وفاة الموصى ، وقالت المذكرة التفسيرية ان هذا هو مذهب الحنفية •

---

(١) شرح قانون الوصية للعالم البحاثة محمد أبو زهرة ص ٨٩ •

(٢) راجع المذكرة التفسيرية للمادة ٣٥ •

اذا عرفت هذه الأسس اتضحت الأحكام الآتية التى قضت بها المادة ٣٥ وهى تتلخص فى ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية سواء أكانت الحامل زوجا أم معتدة ، أم خالية من الازواج وعدتهم . وفى هذه يعتبر الحمل موجودا حين الوصية ان ولدته لسنة شمسية فأقل من وقت الوصية ، وقدرت المادة هذه السنة بخمسة وستين وثلثمائة يوم ، فان ولدته لأكثر من هذه السنة لم تصح الوصية للحمل ، وبالرجوع الى مذهب الحنفية الذى سبق ذكره نجد هذه الحالة شبيهة بما قاله علماء الحنفية فى حالة ما اذا أقر الموصى بوجود الحمل، ولا يفترقان الا فى اختلافهما فى أقصى مدة الحمل : فالحنفية ــ وقد قالوا ان أقصاها سنتان ــ قرروا اشتراط أن تلده فيما بين سنتين من وقت الوصية ، والقانون ــ وقد إعتبر أقصى مدة للحمل سنة شمسية ــ قرر اشتراط ولادته لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية لأنه فى حال الاقرار يؤخذ المقر باقراره الا اذا ثبت يقينا كذبه فى هذا الاقرار ، ومتى ولدته فى المدة التى إعتبرها القانون أقصى مدة للحمل ــ « سنة شمسية » ولم تأت به لأكثر منها ــ فلا مسوغ لتكذيب المقر فى اقراره ، فيؤخذ به هو وورثته .

الحالة الثانية : ألا يوجد اقرار من الموصى ، وكانت الحامل زوجا حقيقة أو حكما كما فى عدة الطلاق الرجعى ، أو خالية من الأزواج وعدتهم ، وفى هذه اشترط القانون لصحة الوصية للحمل أن تأتى به لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية فكأن القانون فى هذه الحالة اعتبر مدة الحمل تسعة أشهر لأن الحمل عادة يكون لهذه المدة ، كما هو المشاهد المعتاد عند الناس . وقد خالف القانون بذلك مذهب الحنفية فيما اذا كانت الحامل زوجا حقيقة أو حكما ولم يقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، فان علماء

الحنفية اشترطوا فى هذه الحالة أن تأتى به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما سبق بيانه .

الحالة الثالثة : ألا يوجد اقرار من الموصى وكانت الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة . وهذه تصح الوصية فى نظر القانون بشرط أن تلده حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة ، وان ولدته لأكثر من تسعة أشهر من وقت الوصية ، وذلك لأن القانون حكم بثبوت النسب فى حالة ما اذا كانت المرأة معتدة لفرقة بائنة أو وفاة متى جاءت به لهذه المدة ، ويلزم من ذلك ـ الحكم بانه كان فى بطن آمه وقت الفرقة أو الوفاة . أما اذا ولدته فى هذه الحالة لأكثر من سنة شمسية فان الوصية لا تصح للحمل .

ومن الواضح أن حكم القانون فى الحالة الثالثة شبيه بما قاله علماء الحنفية فيها ، والفرق بينهما انما جاء أيضا كما قلنا فى الحالة الأولى من الاختلاف فى أقصى مدةالحمل : فالقانون لأنه اعتبرها سنة شمسية ـ قال بصحة الوصية للحمل بشرط أن يولد لسنة فأقل من وقت الفرقة أو الوفاة ، والحنفية لأنهم اعتبروا أقصى المدة سنتين ـ قالوا بصحة الوصية بشرط أن تلده لأقل من سنتين من أحد الوقتين المذكورين .

هذه هى أحكام الوصية للحمل فى القانون ، وعند الفقهاء ، ونحن اذا قلنا ان ما قرره القانون من أحكام ، أخذها من أكثر من مذهب فقهى واحد وبنى بعضها على رأى الطبيب الشرعى ـ قد قارب الغاية المرجوة من تحقيق العدالة ومراعاة المصلحة ـ لا نستطيع أن نغفل توجيه نقدنا الى اللجنة التى وضعت المشروع من وجهين :

الوجه الأول : أنها حينما أخذت أحكام الوصية للحمل من عدة مذاهب ، ومن رأى الطبيب الشرعى ـ كان يجمل بها

أن تقرر هذه الأحكام بناء على اجتهادها هي ، وتستند في تقريرها الى الأدلة الشرعية مباشرة من غير أن تخيل على عدة مذاهب ، اختلفت في الأسس التي قامت عليها أحكامها ٠

الوجه الثاني : أنه كان من الأوفق والأعدل أن تبني أحكامها على مدة الحمل الغالية المعتادة ، واذا كان لابد من الاحتياط بمدة أطول منها ـ كان يكفي ما دلت عليه الاستقراءات والتجارب التي اشرنا اليها ـ فيما سبق ـ وهو أن الولد لا يمكث في بطن أمه أكثر من مدة الحمل المعتادة وهي تسعة أشهر ثم يولد حيا الا نادرا ، فيمكث الى ثلثمائة يوم ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر اذا وجد عائق (١) أما رفع هذه المدة الى ٣٦٥ يوما فانه يكاد يكون مستحيلا ٠ ويؤيد ذلك عبارة ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ، وهي التي سبق ذكرها ٠

ثم جاءت المادة ٣٦ متممة لأحكام الوصية للحمل ـ وفق مذهب الحنفية ـ فقضت بأن الحامل اذا أتت بولدين حيين أو أكثر في وقت واحد ، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر كانت الوصية بينهم بالتساوي الا اذا نص الموصي على أن تكون القسمة بينهم على وجه آخر كأن يشترط في الاستحقاق كون الحمل ذكرا أو أنثى ، أو يفاضل بين الذكر والأنثى ـ فيعمل بشرطه ٠ وان انفصل أحدهم غير حي ـ استحق الحي منهم كل الموصي به ٠ واذا مات أحد الأولاد بعد انفصاله حيا فان كانت الوصية بالاعيان كانت حصته لورثته لأنه ملكها ملكا تاما ٠ وان كانت الوصية بالمنافع كانت حصته لورثة الموصي (٢) ٠

---

(١) كتاب أحكام الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٤٦ وما بعدها من الجزء الأول طبعة ١٩٢٥ ٠

(٢) المذكرة التفسيرية ـ المادة ٣٦ ٠

٣ ـ مبطلات الوصية

الأصل فى الوصية أن تبقى صحيحة ـ حتى يظهر الموصى رغبته فى الرجوع فتبطل برجوعه ، لأنها شرعت ليصل الانسان بها من يحب ، وتكون وسيلة الى القربة بعد الموت . ولكن قد يطرأ عليها أو يقارنها ما يبطلها (١) كزوال أهلية الموصى بما يمنع من استعمال حقه فى الرجوع عنها ، أو لفوات محل الوصية أو لموت الموصى له قبل موت الموصى .

ولهذا قال علماء الحنفية ، انها تبطل بواحد من الأمور الآتية :

١ ـ هلاك العين الموصى بها جميعها ، فان هلك بعضها بطلت فيه ، وصحت فى الباقى ، وكذا اذا كان الموصى به معينا بالنوع بأن كان جزءا من نوع معين بالذات فهلك النوع ، كما اذا أوصى له بنصف أفراسه العشرة المعلومة فهلكت كلها ، وذلك لفوات محل الوصية بدون تعمد . أما اذا استهلكت فان كان استهلاكها من الموصى فهو رجوع ، وان كان من الورثة يكون ضمانا عليهم سواء أقبل الوصية قبل الاستهلاك أم بعده ، وكذلك لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعد فان له أن يضمنهم بدله لأن هلاكه وان كان من غير تعديهم يعتبر كالاستهلاك لأنهم لما أبوا التسليم بدون حق كانوا متعدين بهذا المنع فيضمنون .

وفى حكم الهلاك استحقاق العين الموصى بها .

وبهذه الأحكام أخذت المادة ١٥ من القانون ، وهى من المذهب الحنفى ـ غير أن واضعى القانون خالفوا ذلك المذهب بما أوردوه فى مذكرتهم التفسيرية من أن الموصى به اذا تغير

---

(١) المذكرة التفسيرية للمواد من ١٤ الى ١٦ .

وزال اسمه كما اذا أوصى لشخص بملاحة فزال الملح وطمت الأرض وصلحت للزراعة ، أو أوصى له بما فى كرمة من العنب فيبس العنب حتى صار زبيبا فان الوصية لا تبطل أخذا من مذهب المالكية وما ارتضاه صاحب جواهر الكلام • وكذلك لا تبطل اذا خرج الموصى به عن ملك الموصى لمنفعة عامة لحلول البدل محل الأصل أخذا مما نقله صاحب جواهر الكلام عن العامة (١) •

٢ ــ خروج الموصى عن الأهلية للعقد ــ كما اذا جن جنونا مطبقا ــ فاذا اوصى بوصية وهو كامل الأهلية ثم جن : فان كان جنونه مطبقا بطلت سواء اتصل بالموت أو لم يتصل بأن حصلت منه افاقة قبل الموت ، وان لم يكن جنونه مطبقا ــ لا تبطل وقد اختلف علماء الحنفية فى تحديد الجنون المطبق : فقال محمد انه ما يمتد سنة لأن أقصى مدة للعبادات هى سنة للزكاة فاعتبرت لأنه بمضيها تسقط العبادات كلها فى السنة ، فيكون ذلك دليل سقوط التكليف • وقال أبو يوسف : هو ما يمتد شهرا ، لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة الصوم فاعتبر مقداره • واختار بعض العلماء فى تحديد مدته ، ستة أشهر ، ومنهم صاحب الدر المختار ، ولكن المذكرة التفسيرية اختارت فى تفسيره رأى أبى يوسف • ومثل الجنون المطبق فى بطلان الوصية ما اذا طرأ على الموصى وسواس ، حتى صار معتوها ، ومكث كذلك زمانا ثم مات بعد ذلك فان محمدا قال ان وصيته تبطل (٢) •

ومذهب المالكية والحنابلة أن الوصية لا تبطل بزوال الأهلية كالجنون متى كان الموصى كامل الأهلية وقت انشائها سواء أكان الجنون مطبقا أم لا ، وسواء اتصل بالموت أم لم يتصل •

حجة الحنفية أن الوصية تصرف غير لازم ، والعقود غير

---

(١) المصدر السابق •

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٦ •

اللازمة يكون لبقائها حكم انشائها ، فيشترط لبقائها ما يشترط عند انشائها من تمام العقل لأن بقاءها يقتضى توافر الارادة المستمرة لبقائها وعدم الرجوع عنها ، وهذه الارادة لا تكون الا باستمرار الأهلية ، ولا كذلك الجنون غير المطبق لأنه يشبه الاغماء ولأن زوال العقل فى غير المطبق — غير مجزوم به — فلا تزول به التصرفات الثابتة ٠

أما حجة المالكية والحنابلة فهو أن العقود والتصرفات تعتمد فى صحتها على تحقق الأهلية وقت انشائها فقط — فزوالها بعد ذلك لا يؤثر فى صحة العقد أو التصرف ، ألا ترى أن الجنون الحادث لا يبطل التصرفات السابقة عليه كما فى البيع والاجارة والوقف وغيرها ، ولا يصح أن تقاس الوصية على الوكالة لأن الوكيل يستمد ولايته على التصرف من ولاية الموكل ، فاذا زالت أهلية الموكل زالت الولاية التى يستمد منها الوكيل سلطانه فتبطل الوكالة (١) ٠

وانه بالموازنة بين الرأيين وأدلة كل منهما ، نميل الى ترجيح رأى المالكية والحنابلة فقد صدرت الوصية من الموصى فى وقت كان فيه تام الاختيار والرضا وكامل الأهلية ٠ وبطلان الوصية بالجنون الطارىء بعد العقد لمجرد احتمال انه كان من الممكن أن يرجع عن الوصية لولا جنونه المطبق — ليس له مسوغ قوى لأن الاحتمال المذكور ضعيف وبعيد لحرص العقلاء على صون تصرفاتهم وعدم نقضها الا عند الضرورة القصوى ، ومثل هذا الاحتمال لا يكفى لبطلان التصرف ونقضه ٠

أما القانون فانه اشترط فى المادة ١٤ لبطلان الوصية بالجنون — شرطين :

الأول : أن يكون جنونا مطبقا كالمذهب الحنفى ٠

---

(١) شرح قانون الوصية للعلامة المحقق محمد ابو زهرة ٠

الثاني : أن يتصل بموت الموصى ، وعللت المذكرة التفسيرية ذلك بأنه كان يمكنه الرجوع عن الوصية لولا الجنون المطبق المتصل ، فمراعاة لحقه أبطلت الوصية .

أما اذا لم يطبق الجنون بأن لم يمكث شهرا فان الوصية لا تبطل ، وكذا اذا كان مطبقا ولم يتصل بالموت لأنه يمكنه أن يستعمل حقه في الرجوع وقت الافاقة ، فان لم يرجع في هذا الوقت كان ذلك دليلا على اصراره على وصيته، فلا تبطل . وهذا توسط من واضعي المادة ، واجتهاد حسن منهم : فقد عملوا برأى الفقهاء اذا كان الجنون غير مطبق ، واخذوا من مذهب المالكية ومن وافقهم اذا كان مطبقا ولكنه لم يتصل بالموت ــ فحكموا في الحالتين بعدم بطلان الوصية ، وحكمة ذلك واضحة في الحالتين ، وقد أشرنا اليها فيما سبق ، وقصروا البطلان بالجنون الطارىء بعدالعقد على حالة واحدة وهي ما اذا كان الجنون مطبقا متصلا بالموت . ولا يوجه الينا الاعتراض بأننا رجحنا ــ فيما سبق ــ رأى المالكية والحنابلة فكيف نستحسن ما ذهب اليه القانون ؟ ــ لأننا حينما رجحنا كان أمامنا رأيان : رأى الحنفية ورأى من خالفهم من المالكية والحنابلة ، فرجحنا الرأى الثاني على الأول لما بيناه . أما القانون فقد أتى برأى ثالث فلا مانع من ترجيحه على الرأيين السابقين . ونقصد من ذلك أننا اذا فاضلنا بين الرأيين الأولين كان الثاني أرجح ، واذا فاضلنا بين الثلاثة كان ما ذهب اليه القانون أرجح وأولى بالقبول .

ثم ذكرت المادة ١٦ من القانون أن الوصية لا تبطل بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة . ولو أن واضعي القانون تركوا هذه المادة ما شعر أحد بنقص في القانون ــ لأن جمهور الأئمة والفقهاء قالوا بصحة الوصية من السفيه أو ذي الغفلة اذا كانت في سبل الخير ، وتنفذ من الثلث . والقانون نفسه في مادته الخامسة أجاز وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة باذن المجلس الحسبي .

فاذا كان أهلا لانشاء الوصية ــ على الوجه الذى بيناه ــ فكيف يتوهم أن الحجر على الموصى ــ بعد انشاء وصيته ــ بسبب السفه أو الغفلة ــ مبطل للوصية السابقة ، حتى يحتاج الأمر الى وضع مادة مستقلة لافادة عدم بطلانها ــ على أن السبب الذى من أجله حكم ببطلان الوصية اذا جن الموصى ــ سواء أكان ذلك فى نظر الحنفية أم فى نظر القانون ــ غير متحقق فى الموصى اذا حجر عليه لسفه أو غفلة ٠

٣ ــ من مبطلات الوصية : موت الموصى له المعين قبل موت الموصى ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ، وبه أخذ القانون فى المادة الرابعة عشرة ٠

وحكى صاحب بداية المجتهد (١) ، وصاحب المغنى (٢) اختلافا فى ذلك : خلاصته أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى فى قول الجمهور وأكثر أهل العلم ــ روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال الزهرى وحماد بن أبى سليمان ، ومالك والشافعى ، وأصحاب الرأى ٠ وقال الحسن تكون الوصية لولد الموصى له ٠ وقال عطاء : اذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا ــ فهو لوارث الموصى له ــ لأنه مات قبل عقد الوصية ، فيقوم الوارث مقامه ــ كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول ٠

وحجة جمهور العلماء أن الوصية عطية ، وقد صادفت المعطى ميتا فلا تصح كالهبة للميت ، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت : واذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ــ على رأى من يقول ببطلانها فى هذه الحالة ــ وان سلمنا صحتها ــ كما هو رأى الحنفية ــ فان العطية صادفت حيا ، بخلاف ما اذا مات الموصى له قبل موت الموصى ٠ ولا شك أن رأى الجمهور أرجح ، وان كان قول عطاء لا يخلو من قوة ادراك وحسن تفصيل وتوجيه ٠

---

(١) جـ ٢ ص ٢٨٨ ٠

(٢) جـ ٦ ص ٤٣٥ ، ٤٣٦ ٠

٤ ـ الرجوع عن الوصية

اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم ۰ وأنه يجوز للموصى ـ مادام حيا ـ الرجوع عنها كلها أو بعضها (١) كما اتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يكون بالقول الصريح ، وبالفعل وبكل تصرف يدل على الرجوع أو ينبيء عنـه ۰ ولكنهم مع اتفاقهم على هذا الأسـاس اختلفـوا فى كثير من الأفعـال والتصرفات لاختـلاف أنظارهم فى دلالتهـا عـلى الرجوع ـ اعتمادا على العرف أو القرائن الأخرى (٢) ۰

وانما جاز للموصى الرجـوع عن الوصـية لـوجهين : أحدهما أن الوصية تبرع لم يتم لأن تمامها بموت الموصى ، والتبرع التام كالهبة يجوز الرجوع فيه ففيما لم يتم كالوصية يكون جواز الرجوع أولى ۰

والثانى : أن القبول فى الوصية يتوقف عـلى الموت ـ فجاز الرجوع عنها قبل القبول لأن الايجاب المفـرد يجـوز ابطاله فى المعاوضات ـ كما فى البيع ـ ففى التبرع يجوز ابطاله من باب أولى (٣) ۰

ولأن المذهبين الحنفى والمالكى قد اختلفا اختلافا بينـا فى كثير من الأفعال والتصرفات من حيث انها تعتبر رجوعا عن الوصية ، أو لا تعتبر ـ سنذكر أهم ما ورد فى المذهبين بشأن الرجوع عن الوصية ، ثم نقفى على أثر ذلك بما ورد فى القانـون خاصا بالرجوع عنهـا ـ مما تكفلت ببيـانه المادتان ١٨ ، ١٩ ۰

---

(١) وصاحب بداية المجتهد يقول فى ذلك : الوصية من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى أن يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه جـ ٢ ص ٢٨٩ ۰

(٢) المذكرة التفسيرية ـ المادتان ١٨ ، ١٩ ۰

(٣) شرح العناية ج ٨ ص ٤٣٨ ۰

١ ـ الرجوع عن الوصية فى المذهب الحنفى :

يتلخص ما قاله علماء الحنفية فى الرجوع عن الوصية فيما يأتى :

أولا : للموصى الرجوع عن وصيته ولو قبلها الموصى له للوجهين اللذين سبق ذكرهما ·

وللرجوع ثلاثة أنواع : ١ ـ رجوع بقول صريح ـ كما اذا قال : رجعت عن وصيتى لفلان، أو تركتها ، أو كل وصية أوصيت بها فهى باطلة ، أو الذى أوصيت به لخالد فهو لمحمد لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل، ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها ولو كان محمد فى المثال الذى ذكر ميتا حين أوصى ـ فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى · فاذا لم تكن له بقى الأول على حاله · أما اذا كان حيا حين أوصى ثم مات قبل موت الموصى ، فان الوصيتين تبطلان : الأولى بالرجوع ، والثانية بالموت · ٢ ـ ورجوع فعلى أو دلالة ـ كما اذا ذبح الشاة الموصى بها ، أو وهبها وسلمها للموهوب ـ لأن الدلالة تعمل عمل الصريح، فتقوم مقام قوله : قد أبطلت الوصية ـ ٣ ـ ورجوع يثبت ضرورة : بأن يتغير الموصى به ، ويتغير اسمه ـ كما اذا أوصى له بما فى كرمه من العنب فيبس حتى صار زبيبا ، أو أوصى ببيضة فحضنتها دجاجة حتى أفرخت قبل موت الموصى (١) ·

ثانيا : أن الوصية بالنسبة للرجوع عنها ـ أنواع أربعة (٢) : نوع يحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بمنزل معين ، ونوع يحتمله بالقول دون الفعل ـ كالوصية بالثلث ، فانه لو باع شيئا من ماله أو وهبه ـ لا تبطل ، وتنفذ الوصية من ثلث الباقى ، ونوع يحتمله بالفعل دون

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٥ ·

(٢) المصدر السابق ·

القول ــ كالتدبير المقيد ــ فلو باعه صح ، لكن لو اشتراه عاد لحاله الأولى · ونـوع رابـع لا يحتمله بالقـول ولا بالفعل كالتدبير المطلق (١) ·

ثالثا : للنوع الثانى من الرجوع ، وهو الرجوع الفعلى أو الدلالى عند الحنفية ــ خمسة أقسام ، هى بمثابة ضوابط جامعة له :

القسم الأول : كل فعل لو فعله الانسان فى ملك غـيره بدون اذنه ينقطع به حق المالك ويصير حقه فى الضمان بأن يزيل اسم الموصى به وقت الـوصية ، ويغير معظـم صفاته ومنافعه فاذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا ــ كما اذا اتخذ الحديد الموصى به سيفا ، أو الصفر آنية او قطعـة الذهب أو الفضة سـاعة ، وكذا اذا أوصى بثوب ثم قطعـه وخاطه ، أو بقطن ثم غزله ، أو بغزل فنسجه فهـذه كلهـا ينقطع بها حق المالك اذا وجدت من الغاصب ــ فتبطل بهـا الوصية لأنه تبدل اسمها وصارت عينا أخرى غير الموصى به ، ولأن هذا الفعل لما أثر فى قطع ملك المالك فلأن يؤثر فى منع حصول الملك للموصى له أولى (٢) ·

القسم الثانى : أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه كبر بمثله ، وكذلك اذا أمكن ولكن بعسر ــ كشعير

---

(١) التدبير تعليق عتق العبد على موت سيده · وهو عند الحنفية قسمان : مطلق ومقيد : فالمطلق تعليق السيد عتق عبده بمطلق موته من غير تقييد الموت بقيد ولا ضم شىء آخر معه ــ كانت مدبر أو انت حر بعد موتى · وحكمه فى حياة السيد عدم جواز بيعه وهبته ورهنه واخراجه عن ملكه الا بالحرية ويجوز استخدامه واجارته · وحكمه بعـد الوفاة أن يعتق المدبر من الثلث ان وسع لكون التدبير بمنزلة الوصية حتى لو كان السيد لا يملك غير العبد عتق ثلثه وسعى فى الباقى ·

والتدبير المقيد هو تعليق السيد عتق عبده بموته مقيدا بشىء أو مشروطا معه شىء آخر كقوله : ان مت من مرضى هذا أو سفرى فانت حر · وحكم المقيد بعد وفاة السيد كحكم المدبر مطلقا ·· الخ لأن سببه لم ينعقد مجزوما به للشك فى تحقق الوصف أو الشرط ومثل هذا غير موجود الآن لالغاء الرق ·

(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ ·

يعتبر لأنه كاستهلاكه (١) ونقل في رد المختار(٢) لابن عابدين ان هذا القسم يصح أن يدخل في الفعل الذي يقطع حق المالك أي في القسم الأول ٠

القسم الثالث : كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ، ولا يمكن تسليم العين الا بها ، فهو رجوع اذا فعله ــ كما اذا أوصى بدار فبنى فيها ، أو بقطن فحشا به لأنه لا يمكن تسليم الموصى به بدون الزيادة ، ولا يمكن نقضها لأنها حصلت في ملك الموصى من جهته ، ولا كذلك تجصيص الدار الموصى بها ، وهدم بنائها ــ فانه لا يعتبر رجوعا لأنه تصرف في التابع وهو البناء ، والتجصيص ، ومثله في أنه لا يعتبر رجوعا غسل الثوب الموصى به لأن من أراد أن يعطى غيره ثوبه يغسله عادة ــ فكان تقريرا للوصية في المعنى ، لا رجوعا عنها ٠

القسم الرابع : كل تصرف يوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع ــ كما اذا باع العين الموصى بها أو وهبها ــ فان ذلك يعتبر رجوعا عن الوصية فتبطل لزوال ملكه عنها ، حتى لو ملكها بعد ذلك بالشراء أو بالرجوع عن الهبة فانها لا تعود وصية الا بانشاء جديد ، وهذا في غير المدبر المقيد كقوله ان مت من مرضى هذا فأنت حر فانه لو باعه ثم اشتراه عاد الى حالته الأولى (٣) ٠

فان كان التصرف لا يترتب عليه زوال الملكية كالاجارة والاعارة ــ لا يكون رجوعا ٠

القسم الخامس : كل فعل يعتبر استهلاكا للموصى به أو دليلا في العرف والعادة على أن الموصى صرفه لحاجته أو استبقاه على ملكه ، فيكون ذلك دليلا على الرجوع كما اذا

---

(١) شرح الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ زيد ص ٢٩١ ٠

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٦ ٠

(٣) جـ ٥ ص ٤٣٦ ٠

ذبح الموصى الشاة الموصى بها فان مجرد الذبح يعتبر رجوعا لأنه دليل على استبقائه على ملكه اذ اللحم قلما يبقى عادة الى وقت موت الموصى ، والعادة قرينة على أنه فعل ذلك للصرف الى حاجته ، كذلك ذبحها يعتبر استهلاكا لها ـ فتبطل الوصية (١) ٠

جحود الوصية : هل يعتبر رجوعا ؟

اذا أوصى شخص بشيء من ماله ثم جحد الوصية ، أى أنكرها بأن قال لم أوص ـ ففي ذلك خلاف بين الصاحبين : قال محمد : لا يكون ذلك رجوعا ٠ وقال أبو يوسف : جحود الوصية يعتبر رجوعا عنها ٠ والخلاف بينهما كما في نوادر ابن سماعة عن محمد ـ اذا كان جحوده منصبا على الماضي ـ كما ذكر ٠ أما اذا كان منصرفا الى المستقبل كما اذا قال : اشهدوا أنى لا أوصى له فانه يكون رجوعا (٢) لأنه يعتبر نفيا لاستمرارها وبقائها ٠

وقد اختلف علماء الحنفية وكتبهم فى ترجيح أحد الرأيين على الآخر :

فقول محمد عليه المتون ، وهو مختار صاحب الهداية لأنه أخر دليله ، وجعله فى المجمع مختارا للفتوى ٠ وقول أبى يوسف ـ كما نقل من العيون ، وكما فى السراجية ـ عليه الفتوى ، وذكر فى الذخيرة والمبسوط أنه الأصح(٣) ٠

---

(١) راجع فى ذلك رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٥ وتبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ ، وشرح الهداية والعناية جـ ٨ ص ٤٣٨ ٠

(٢) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ١٨٧ ٠

(٣) وعلى حسب قاعدة الحنفية من تقديم ما عليه المتون اذا اختلف التصحيح والافتاء ـ يكون قول محمد هو الأرجح فى نظرهم ـ قال فى البحر ـ فى قضاء الفوائت ـ : اذا اختلف التصحيح والافتاء فالعمل بما وافق المتون أولى ـ راجع رد المحتار والدر المختار جـ ٥ ص ٤٣٦ ، وحاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ١٨٧ ٠

استدل أبو يوسف على أن جحود الوصية يعتبر رجوعا عنها ـ بأن الجحود نفى للوصية فى الماضى والحال ـ فكان أقوى من الرجوع اذ هو نفى لها في الحال فقط ـ فكان أولى أن يكون رجوعا • وبأن الجحود يدل على عدم الرضا بالوصية، فيكون دليلا على رجوعه عنها • ونظير هذا جحود التوكيل فانه يعتبر عزلا للوكيل ، وجحود المتبايعين البيع فانه يعد اقالة •

أما محمد فقد استدل الفقهاء على رأيه ، وهو عدم اعتبار الجحود رجوعا ـ بدليلين : أحدهما أن الجحود نفى في الماضى ، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك • والنفى فى الماضى باطل وهو كاذب ـ لأن الفرض أنه أوصى ثم جحد فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال ، وعلى ذلك يكون الجحود لغوا ، فتبقى الوصية على حالها (١) •

والآخر أن الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده ، وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه إذ الجحود نفى لأصل العقد ـ فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (٢) ونظيره جحود النكاح فانه لا يكون طلاقا •

وبالموازنة بين الرأيين تتضح قوة أدلة محمد من الوجهة النظرية • ولكنا مع هذا نميل الى ترجيح قول أبى يوسف لمعنى آخر غير ما ذكره الفقهاء فى حجته ، وهو أن انكاره للوصية آية عدم رضاه عنها ، وذلك ينبيء عن قصده الى الرجوع فيها •

---

(١) شرح الهداية والعناية جـ ٨ ص ٤٤٠ •

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٦ •

مناقشة قول الحنفية فى الرجوع :

اذا أعدنا النظر والبحث فيما سبق ذكره من أنواع الرجوع عن الوصية ، ثم أقسام الرجوع الفعلى أو الدلالى عند الحنفية ـ يتبين الاقتناع برأيهم في بعضها دون بعض : فما قالوه فى الرجوع بصريح القول أو فى الرجوع دلالة بالنسبة للقسمين الرابع والخامس ـ لا اعتراض لنا عليه ـ لأن قصد الرجوع من الموصى فى ذلك بين ٠ كل ما نعترض به أنه كان يصح تقييد اعتبار الرجوع بالنسبة للقسم الرابع ـ وهو كل تصرف يوجب زوال ملك الموصى ـ بما اذا لم يدل دليل من قرينة أو عرف أو غيرهما على أن البدل الذى أخذ عوضا عن الموصى به يحل محله فى الوصية اذا كان زوال الملك الى عوض ، وهذا احتياط يصح القول به للتحقق من أن الموصى قصد الرجوع عن وصيته بذلك التصرف ٠

أما ما قالوه فى الرجوع الذى يثبت ضرورة ، أو فى الأقسام الباقية من الرجوع الدلالى وهى المذكورة فى القسم الأول والثانى والثالث ـ فهو غير مقنع فى نظرنا لأن قصد الرجوع فيها ليس ببين ، ولا بمجزوم به : فالرجوع الذى يثبت ضرورة ليس فيه قول ولا فعل من الموصى ، وانما حدث التغير فى الموصى به ـ لسبب آخر ٠ وبقية الأقسام فى الرجوع الفعلى لا تدل بنفسها على الرجوع ـ فكان ينبغى أن يكون الأصل فيها عدم اعتبار الرجوع الا اذا دلت قرينة أو عرف أو غيرهما على أن الموصى يقصد بها الرجوع عن الوصية ٠ ومن ثم عدل القانون عن مذهب الحنفية فى ذلك الى مذهب غيرهم ـ كما سترى بعد ٠ وغنى عن الذكر أنه لا اعتراض لنا ـ فيما اعتبره الحنفية عدم رجوع عن الوصية ـ مما سبق ذكره ـ لأن الوجه فيه واضح ٠

والخلاصة أن الحنفية وسعوا فى دائرة ما يعتبرونه رجوعا عن الوصية توسعة فسيحة المدى : فهم يعتبرون من

الرجوع عنها ــ ما كان بالقول الصريح ، أو الرجوع الذى يثبت ضرورة ، أو الرجوع الدلالى أو الفعلى بأقسامه الخمسة المذكورة ٠ ومسلك الحنفية فى هذا مبنى فى الجملة على أساسين :

الأول : اعتبار كل ما يدل على قصد الرجوع من قول أو فعل ــ سواء أكانت هذه الدلالة قوية أم ضعيفه ، وذلك كما فى الخلط والزيادة ، والاخراج عن الملك بعوض أو بغير عوض ٠

الثانى : كل تغير فى الموصى به ، بحيث يزول اسمه ، ويغير معظم صفاته ومنافعه ــ سواء أكان ذلك بفعل الموصى، أم بعامل آخر ــ كما فى الرجوع الذى يثبت ضرورة ، وبناء على هذين الأساسين وسعوا فى دائرة التغيير والأفعال والتصرفات التى اعتبروها رجوعا عن الوصية ٠ وهى توسعة لا نقرهم عليها ــ لما سبق أن وجهناه اليها من نقد ٠

(ب) الرجوع عن الوصية فى المذهب المالكى :

هذا المذهب يوافق المذهب الحنفى فى اعتبار الرجوع بالقول الصريح ، وبالفعل الذى يعتبر استهلاكا كما فى ذبح الشاة الموصى بها ، وفى بعض صوراخراج الموصى به عن ملك الموصى ــ كما يوافقه فى عدم اعتبار الفعل أو التصرف عدم رجوع ان كان تصرفا فى التابع أو لا يترتب عليه زوال الملكية كما فى تجصيص الدار أو هدم بنائها ، أو تأجيرها أو اعارتها ٠

ولكنه يخالفه فيما عدا ذلك ، ولا يرى توسيع نطاق الرجوع ــ كما رأينا فى المذهب الحنفى ــ ويظهر من أقوال أئمة الفقه فيه أنهم بنوا رأيهم فى اعتبار الرجوع وعدمه ــ على هذين الأساسين :

الأول : أن الرجوع فى العطايا فى هـذا المذهب ليس بالأصل ، وانما هو استثناء ، ولم يجز الرجوع فى الوصية الا لأنه لا ينفذ حكمها الا بعد موت الموصى ·

الثـانى : أن المـذهب المـالكى لا يعتبر من الأفعال والتصرفات رجوعا الا ما يذهب بجوهر الموصى به وحقيقته، أو يعتبر استهلاكا له (١) ، أو يدل دليـل عـلى أن الموصى قصد به الرجوع عن الوصية ·

وبناء على هذين الأساسين وافقوا الحنفية فى الرجوع بصريح القول ، وبالفعل الذى يعتبراستهلاكا له · وخالفوهم فى كثير من الأفعال والتصرفات التى تعتبر عندهم رجـوعا : فمن ذلك الرجـوع الذى يثبت ضرورة كمـا اذا أوصى له بملاحة فزال الملح وطمت الأرض وصـلحت للزراعة ، أو أوصى له بما فى كرمه من العنب ، فيبس حتى صار زبيبا ، فان الوصية لا تبطل أخذا من مذهب المالكيـة وما ارتضاه صاحب جواهر الكلام (٢) فى حين انها تبطل عند الحنفية ·

كذلك الأفعـال والتصرفات التى ذكـرت فى الأقسـام الثلاثة الأولى من الرجوع دلالة ، وهى كل فعل يزيل اسـم الموصى به ، ويغير صفاته ومنافعه ، وكذا خلطه بغيره خلطا يعسر به تمييزه ، وكل فعـل يوجب زيادة فى المـوصى به ، ولا يمكن تسليم العين الا بها ـ فهذه كلها تعتبر رجوعا فى المذهب الحنفى ، ولا تعتبر رجوعا فى المذهب المالكى ـ أخذا من قول أشهب، وابن القاسم، واصبغ من فقهاء المالكية(٣)·

ويؤخذ مما نقله صاحب جـواهر الـكلام عن العامة أن الوصية لا تبطل اذا خرج الموصى به عن ملك الموصى لمنفعـة عامة لحلول البدل محل الأصل (٤) كما نقل أيضا أن اخراج

---

(١) راجع شرح قانون الوصية للأستاذ العلامة محمد أبو زهرة ص ٢٢٩ ، ص ٢٤٠ ·

(٢) المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ·

(٣) المذكرة التفسيرية : المادتان ١٨ ، ١٩ ·

(٤) المذكرة التفسيرية : المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ·

الموصى به عن الملك بعوض لا يعد رجوعا عن الوصية عند بعض العامة (١) •

(جـ) الرجوع عن الوصيه فى القانون :

منهج القانون فى الرجوع عن الوصية وافق اجماع الفقهاء على جواز الرجوع فى الوصية من الموصى لآن الوصية عقد غير لازم ، كما وافق اجماعهم على اعتبار الرجوع الصريح •

أما الرجوع الفعلى أو الدلالى فانه لم يعتبر منه الا ما كان استهلاكا للموصى به ، أو مزيلا لملك الموصى عنه ، وحينئذ فهو لا يعتبر التغير الذى يزيل اسم الموصى به ، ويبدل معظم صفاته ، ولا خلطه بغيره خلطا يعسر به تمييزه ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها ـ لا يعتبر ذلك رجوعا عن الوصية الا اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عنها •

ويتبين ذلك من المادتين ١٨ ، ١٩ ـ ونص الأولى : « يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة • ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به » •

ونص الثانية : « لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها ، ولا ازالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها ـ اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية » •

وبالنظر فى هاتين المادتين يتضح أن القانون وافق الحنفية وغيرهم فى إعتبار الرجوع الصريح ، كما وافق الحنفية أيضا فى أنه اعتبر من الرجوع دلالة كل تصرف

---

(١) المذكرة التفسيرية : المادتان ١٨ ، ١٩ •

يزيل ملك الموصي عن الموصى به سواء أكان بعوض أم بغير عوض وأخذ برأى محمد ـ من الحنفية ـ فى عدم اعتبار جحود الوصية رجوعا عنها ، ووافق رأى الفقهاء عامة فى أن ازالة بناء العين الموصى بها لا يعتبر رجوعا ، وفيما عدا ذلك كان منهجه مخالفا لمسلك الحنفية ، وموافقا لمسلك المالكية الذى أشرنا اليه فيما سبق ـ فلم يعتبر الأقسام الثلاثة الأولى من الرجوع الدلالى ، ولا الرجوع الذى يثبت ضرورة الا اذا صحب ذلك عرف أو قرينة تدل على الرجوع . وقد سلك القانون بذلك المسلك المعقول ـ لما قلناه فى نقدنا لمذهب الحنفية .

ونظرا لأن القانون لم يعتبر الفعل الذى يوجب فى الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه الا بها ـ رجوعا عن الوصية الا بدليل آخر ـ قد خص الزيادة بنوع من التفصيل ـ فبين أحكامها فى المواد ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ . وليس من شأننا أن نعرض هنا لبيان هذه الأحكام وتفصيلها ، فذلك موطن آخر ، غير مبحث الرجوع عن الوصية (١) .

---

(١) ونكتفى هنا بايراد نصوص هذه المواد :

مادة ٧١ ـ اذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئا مما يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص ـ كانت العين كلها وصية . وان كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء ـ شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ ـ اذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وأعاد بناءها على حالتها الأولى ، ولو مع الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

وان أعاد البناء على وجه آخر ـ اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين .

مادة ٧٣ ـ اذا هدم الموصى بها ، وضم الأرض الى أرض مملوكة له وبنى فيها ـ اشترك الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ ـ استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية و ٧٣ ، اذا كان ما دفعه الموصى ، أو زاده فى العين يتسامح فى مثله عادة ـ ألحقت الزيادة بالوصية ، وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها اذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد الحاقها بها .

مادة ٧٥ ـ اذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفردا ـ اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

وهذه المواد شرحتها المذكرة التفسيرية للقانون ـ ثم قالت فى ختام شرحها لها : وجميع هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الامام مالك ما عدا أحكام المادة ٧٤ فانها من مذهب الامام مالك وما نقله صاحب جواهر الكلام عن بعض العامة .

هذا .ويلاحظ أن المادة الثانية من القانون جعلت دعوى الرجوع القولى ـ كدعوى الوصية ـ فلا تسمع عند الانكار بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ ـ الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى • وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ـ فلا تسمع فيها دعوى الرجوع القولى عن الوصية بعد وفاة الموصى الا اذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك ، تدل على ماذكر أو كانت ورقة الرجوع مصدقا على توقيع الموصى عليها • وقد بينا حكمة ذلك فى مبحث ما تنعقد به الوصية ، وما يلزم لثبوتها • واقتصار المادة الثانية على الرجوع القولى يفيد أن الرجوع الفعلى يبقى على الأصول العامة فى الاثبات ووسائله العادية من غير التزام بالقيود المذكورة ولعل هذا راجع الى أن المادة ١٨ ـ التى عرضت لما يكون به الرجوع عن الوصية ـ اعتبرت من الرجوع كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، كما أنها اعتبرت من الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به • وكل هذا يمكن أن تجرى عليه طرق الاثبات الشرعية والقانونية • ومتى ثبتت هذه الأشياء ـ ثبت ما تدل عليه من الرجوع عن الوصية •

٥ ـ الوصية للوارث

١ ـ كانت المحاكم الشرعية المصرية حتى صدور القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ـ الخاص بالوصية ـ تحكم بمقتضى مذهب الحنفية ـ وهو ما يوافق الرأى الراجح المشهور فى الفقه الاسلامى ـ بعدم جواز الوصية لوارث الموصى ولو كانت بأقل من ثلث التركة الا باجازة بقية الورثة ، ومعنى ذلك أن الوصية للوارث ـ بما قل أو كثر ـ لا تنفذ الا

باجازة الورثة ، فان أجازوها نفذت ، والا بطلت ، وكما تنفذ باجازة الورثة تنفذ أيضا اذا لم يكن للموصى وارث آخر سوى الموصى له ٠

فان أجازها بعض الورثة دون بعض ـ جازت فى حصة من أجاز بنسبة ما يخصه ، وبطلت فى حصة من لم يجز ، وكانت المحاكم الشرعية تأخذ بهذا الرأى تطبيقا للمادة ٥٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا ، ونصها :

« لا تجوز الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ، ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية وليس للمجيز أن يرجع فى اجازته ، واذا أجازها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته ، وبطلت فى حق غيره » ٠

فلما صدر القانون المذكور فى شهر رجب سنة ١٣٦٥ هـ الموافق شهر يونيه سنة ١٩٤٦ ـ أجازت المادة السابعة والثلاثون منه الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وحكمت بنفاذها من غير اجازة الورثة ،وهذا نصها :

« تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ فى الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الخزانة العامة » ٠

وقبل أن ندلى برأينا فيما قضت به هذه المادة من صحة الوصية للوارث وغيره فى حدود الثلث ، مع نفاذها من غير اجازة الورثة ـ نبين ما يأتى :

أولا ـ آراء الأئمة والفقهاء فى حكم الوصية للوارث ـ مع بيان أدلة كل فريق من العلماء ، وما احتج به على رأيه من المنقول والمعقول ـ ونشير الى ما نرجحه من تلك الآراء ٠

وثانيا ــ ما استندت اليه المادة ٢٧ من القانون المذكور في نفاذ الوصية للوارث في حدود الثلث من غير توقف على اجازة الورثة ٠

وثالثا ــ رأينا في تلك المادة ما توجهه من نقد لما ورد بالمذكرة التفسيرية مع ذكر الرأى الذى نختاره ٠

٢ ــ أقوال الأئمة والفقهاء في حكم الوصية للوارث :

تبلغ جملة الأقوال والآراء المنسوبة الى علماء الفقه الاسلامى في حكم هذه الوصية ــ فيما نعلم ــ أربعة أقوال وان كان في بعضها تداخل أو تقارب ٠

القول الأول : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن الوصية للوارث صحيحة ، ولكنها غير نافذة ــ أى أنها موقوفة على اجازة الورثة ، ولو كانت بأقل من الثلث فان أجازها سائر الورثة ــ نفذت في قول الجمهور من العلماء ٠ وان لم يجيزوها بطلت ، ولم تصح (١) وعند المالكية وآخرين : الوصية للوارث باطلة ٠ لا تجوز الا باجازة الورثة ، وهل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطية ؟ خلاف عند المالكية (٢) ٠

القول الثانى : أنها لا تجوز وان أجازها الورثة ، وهو قول أهل الظاهر والمزنى ــ على ما نقله ابن رشد ، في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٠

---

(١) ويستفاد من هذا ان أكثر العلماء ــ على ان الوصية للوارث صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة الورثة ٠ وقيل انها لا تصح لوارث أصلا ــ غير أنه اذا رضيت الورثة كانت صحيحة ــ حكى هذا صاحب نيل الأوطار ، وقال انه الظاهر لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : « لا وصية لوارث » ، والنفى اما أن يتوجه الى الذات ، والمراد : لا وصية شرعية ، واما الى ما هو أقرب إلى الذات ، وهو الصحة ، ويبعد توجيهه الى الكمال ٠ لأنه أبعد المجازين ٠ لكن اذا رضيت الورثة كانت الوصية صحيحة لحديث عمرو ابن شعيب : « لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة » ، فيبنى الحديث الأول على الحديث الثانى ــ كما هو شأن بناء العام على الخاص (الجزء السادس من نيل الأوطار ص ٣٥) ٠

(٢) راجع فتح القريب جـ ٢ ص ٤ طبعة سنة ١٣٤٥هـ ــ باب الوصايا ــ ٠

القول الثالث : — قول بعض الحنابلة : ان الوصية للوارث باطلة ، وان أجازها سائر الورثة ، الا أن يعطوه عطية مبتدأة ، وهو فى المغنى مثل القول الثانى • وفائدة الخلاف بين هذا الرأى ، والرأى الأول الذى يقول بصحة الوصية فى نفسها ، وان توقفت على الاجازة ان الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة — يكفى فيها قول الوارث : أجزت أو أمضيت ، فاذا قال ذلك لزمت الوصية • أما اذا كانت باطلة — كما ذهب الى ذلك القول الثالث — فان الاجازة تكون هبة مبتدأة — تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض ، كالهبة المبتدأة (١) •

القول الرابع : ماحكاه (٢)صاحب البحر عن الهادى والناصر وأبى طالب وأبى العباس — وهم من أئمة الشيعة الزيدية — أن الوصية للوارث تجوز وتنفذ من غير توقف على اجازة الورثة ، وهذا الرأى منسوب أيضا الى بعض الشيعة الأمامية الاثنى عشرية ، والاسماعيلية •

٣ — استدل أصحاب القول الأول ، وهو رأى جمهور العلماء والفقهاء — ومنهم الأئمة الأربعة بنوعين من الأدلة :

النوع الأول : الدليل العقلى : وهو ان فى الوصية للوارث بدون اجازة بقية الورثة أذى لبعض الورثة الذين لم يدخلوا فى الوصية ، اذ فى ذلك ايثار بعضهم على بعض فى العطاء — مما ينجم عنه غرس بذور الشقاق والعداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة والأقربين ، مما يؤدى الى قطيعة الرحم ، وتهديد كيان الأسرة ووحدتها — فمنعا لهذه الأضرار ، واتقاء لهذه المفاسد — لم يجيزوا الوصية للوارث الا باجازة بقية الورثة ، فان أجازوها نفذت لأن الامتناع كان لحقهم وهم أسقطوه بالاجازة (٣) •

---

(١) راجع المغنى فى فقه الحنابلة جـ ٦ ص ٤١٩ ، ٤٢٠ طبعة المنار •
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٥ •
(٣) الهداية فى فقه الحنفية

وقالوا أيضا ان فى الوصية للوارث حيفا ، وقد جاء فى الحديث : « الحيف فى الوصية من اكبر الكبائر » وفسروه ــ كما قال صاحب الهداية ــ بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للوارث •

النوع الثانى : الأدلة المنقولة ، وذلك ما روى من الأحاديث (١) الأربعة الآتية :

الحديث الأول : ما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة » •

الحديث الثانى : ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاوصية لوارث الا أن يجيز الورثة » •

الحديث الثالث : مارواه عمرو بن خارجة أن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه ــ خطب على ناقته ، فسمعه يقول : «ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث» •

الحديث الرابع : ما رواه أبو أمامة قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » •

نعم قال صاحب الفتح : لايخلو اسناد كل منها من مقال ، ولكنه عاد فقال : ان مجموعها يقتضى أن للحديث أصلا ، بل جنح الشافعى فى الأم الى أن هذا المتن متواتر فقال : وجدنا أهل الفتيا ومن حفظ عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم ــ لايختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : « لا وصية لوارث » ، وهو نقل كافة عن كافة ، فهو أقوى من نقل واحد •• ثم قال الحافظ : الحجة فى هذا اجماع العلماء على مقتضيناه ، كما صرح به الشافعى وغيره ، وقال أبو بكر الرازى الحنفى فى كتاب

---

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٦ ص ٣٤ •

أحكام القرآن : الخبر المأثور عن النبى صلى الله عليه وسلم ٠ فى ذلك هو عندنا في حيز المتواتر ـ لاستفاضته وشهرته في الأمة ، وتلقى الفقهاء اياه بالقبول ـ كما قال العلامة ابن عابدين في كتابه رد المحتار : ان حديث أبى امامه المذكور مشهور تلقته الأمة بالقبول ، ومثل ذلك ما قاله العلامة أبو السعود في تفسيره : ان هذا الحديث ، وان كان من أخبار الآحاد ـ قد تلقته الأمة بالقبول ٠ فانتظم فى سلك المتواتر ٠

واستدلوا أيضا بأن النبى صلى الله عليه وسلم منع من عطية بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك ، وامكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ـ لما فيه من ايقاع العداوة والحسد بينهم ٠ ففى حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى (١) ٠

ولما كان جمهور فقهاء المسلمين ، ومنهم الآئمة الأربعة ـ يرون عدم صحة الوصية للوارث ، أو عدم نفاذها الا باجازة الورثة ـ روى بعض العلماء في مؤلفاتهم أن هناك اجماعا على هذا الرأى ـ كما رأيت فى عبارة الحافظ المذكورة وهى قوله : الحجة فى هذا اجماع العلماء على مقتضى الحديث ، كما صرح به الشافعي وغيره ٠ وقال القرطبى فى تفسيره : « ونحن ـ وان كان هذا الخبر بلغنا آحادا ـ لكن قد انضم اليه اجماع المسلمين أنه لاتجوز وصية لوارث » ، كذلك قال ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد : « وأجمعوا كما قلنا أنها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة » ٠ لكن الفخر الرازى نازع فى هذا الاجماع ، كما نازع في كون الحديث متواترا

وأقوى اعتراض وجه لجمهور العلماء والفقهاء ـ هو أن رأيهم مخالف لما دل عليه قول الله تعالى فى سورة البقرة :

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤١٩ ٠

« كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ، ان ترك خيرا ـ الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ـ حقا على المتقين » من أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين ـ بنص الآية ، وفيهم الوارثون ٠

وللمفسرين ، وشراح كتب الحديث ، والفقهاء أقوال كثيرة ، وتأويلات مختلفة فى هذه الآية ، وأجوبة كثيرة ـ فى دفع هذا الاعتراض ٠ ولضيق المقام نوجز أهم ما قيل فيما يأتى :

(أ) قال جمهور (١) العلماء : كانت هذه الوصية فى أول الاسلام واجبة لوالدى الميت وأقربائه بحكم آية الوصية ، ثم نسخت ، واختلف ، فى تعيين ناسخها : فقيل انها آية الفرائض ، وقيل الأحاديث المذكورة ، وقيل دل الاجماع على ذلك وان لم يتعين دليله ٠٠

وقال أبو السعود الحنفى عند تفسيره للآية : « كتب فرض ، وكان هذا الحكم فى بدء الاسلام ، ثم نسخ عند نزول آية المواريث بقوله عليه الصلاة والسلام : « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه ، ألا لا وصية لوارث » فانه وان كان من أخبار الآحاد قد تلقته الأمة بالقبول فانتظم فى سلك المتواتر فى صلاحيته للنسخ عند أئمتنا ـ على أن التحقيق أن الناسخ حقيقة هى آية المواريث ، وانما الحديث مبين لجهة نسخها ٠٠ الى آخره » ، ورجح القرطبى القول بأن آية الفرائض لم تستقل بنسخها بل بضميمة أخرى وهو الحديث ، فنسخ الآية ـ كما قال ـ انما كان بالنسبة الثابتة لا بالارث على الصحيح من أقوال العلماء ، ولولا هذا الحديث لأمكن الجمع بين الآيتين لجواز اجتماع الميراث والوصية معا ، لكن منع من ذلك الحديث والاجماع ٠٠ الى آخر ما قال(٢)» ٠

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر جـ ٥ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ طبعة المطبعة البهية سنة ١٣٤٨هـ ٠

(٢) تفسير القرطبى بشىء من التصرف جـ ٢ ص ٢٦٢ ، ص ٢٦٣ طبعة دار الكتب المصرية ٠

وقيل ان الآية نسخت جزئيا فى بعض ما تشتمل عليه : فقد كانت الوصية بمقتضاها واجبه للوالدين والاقربين سواء أكانوا وارثين أم غير وارثين ــ فنسخت بالنسبة لمن يرث ، وبقيت ثابتة للوالدين والأقربين الذين لايرثون ــ ففى البخارى عن ابن عباس قال : « كان المال للولد ، وكانت الوصية للوالدين ، فنسخ الله من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع » .

وبناء على الرأى القائل بنسخ آية الوصية كلها أو فى بعض ما تتناوله ــ على ما بيناه ــ لم تبق الآية منافية للأحاديث التى دلت على عدم جواز الوصية للوارث الا باجازة الورثة ، ولا لما رآه جمهور العلماء والفقهاء من توقف نفاذ الوصية للوارث على اجازة الورثة .

(ب) ورأت طائفة أخرى من المفسرين والفقهاء أن آية الوصية محكمة غير منسوخة ، وأنها غير مخالفة لآية المواريث ولكنهم لم ينهجوا نهجا واحدا فى بيان أحكامها : فبعضهم فسرها بما يخرج الوصية فيها عن الوصية بالمال التى هى موضوع البحث فقال : معناها كتب عليكم ما أوصى به الله عز وجل من توريث الوالدين والأقربين من قوله تعالى فى آية المواريث : « يوصيكم الله فى أولادكم » الى آخر ما ساقته من أحكام الميراث . أو كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين والأقربين بتوفير ما أوصى به الله تعالى لهم عليهم ، والا ينقص من أنصبائهم . وقال أبو ثور من العلماء : ان المراد من الوصية الواجبة فى الآية هى وصية من عليه حق شرعى يخشى أن يضيع على صاحبه ان لم يوص به كالوديعة والدين ونحوهما ، وكذا من كانت له حقوق عند الناس، يخاف تلفها على الورثة .

وقيل ان الآية مخصوصة ، فظاهرها العموم ومعناها

الخصوص (١) لأن لفظ الوالدين والأقربين فيها يعم الوارث وغيره . وبآية الفرائض ، والأحاديث الواردة في الوصية للوارث ـ خص منهـا من يرث ، وبقى حق من لا يرث من الأقربين من الوصية على حاله ، وبهذا يتبين أن المـراد من الوالدين والأقربين فى الآية ـ الوالدان والأقربـون الذين لا يرثون .

وهذا الرأى منسوب لطاوس والضحاك والحسن وغيرهم، واختاره الطبرى . وهو الذى أميل الى ترجيحه وقبوله : فان النسخ لا يلجأ اليه الا عند تعذر الجمع بين النصوص المختلفة فى ظاهـرها ، أما اذا أمـكن الجمع والتوفيق فلا ضرورة لدعوى النسخ ، وهنا الجمع والتوفيق ممكنان ، بل سائغان ومقبولان ، وذلك بقصر آية الوصية على الوالدين والأقربين الذين لا يرثون . أما الذين يرثون منهم فانه يعرف الحكم بالنسبة اليهم بالرجوع الى أحاديث الوصية للوارث ، وآية الفرائض . واعمال جميع النصوص ـ متى أمكن ـ أولى من اعمال بعضها وترك بعضها الآخر .

وبهـذا الرأى الأخـير يتبين أن الآية ليست معارضـة لأحاديث الوصية للوارث ، ولا منافية لرأى جمهور العلماء والفقهاء القاضى بتوقف نفاذ الوصية للوارث عـلى اجازة سائر الورثة .

أدلة القولين الثانى والثالث :

احتج أصحاب القول الثانى بظاهر ما روى عن الرسول ـ صلوات الله وسلامه عليه ـ : « لا وصية لوارث » ، وكأنه لم تبلغهم الأحاديث التى ورد فيها ما يدل على صحة الوصية للوارث اذا أجازها الورثة ، أو لم تثبت عندهم هذه الزيادة ـ هذا الى أن الظاهرية لا يعللون النصـوص . ولهـذا قال صاحب بداية المجتهد فى بيان منشأ الخلاف بين الجمهور ،

---

(١) الجزء الثانى من تفسير القرطبى ، والجزء الخامس من فتح البارى .

وقول أهل الظاهر - وسبب الخلاف : هل المنع لعلة الورثة ، أو عبادة - فمن قال : عبادة - قال لا تجوز وان أجازها الورثة • ومن قال بالمنع لحق الورثة - آجازها اذا أجازها الورثة - لأنهم أسقطوا حقهم، فارتفع المانع من صحةالوصية أو نفاذها • ومما لا شك فيه أن الآدلة قد تضافرت على ان أحكام الشريعة معقولة المعنى ، ولهذا كان رأى هذه الطائفة ضعيفا مرجوحا ، وكذا كل رأى يماثله •

كذلك احتج أصحاب القول الثالث بالحديث المذكور « لا وصية لوارث »، واعتبروا اجازة الورثة - ان وجدت - عطية مبتدأة ، تفتقر الى شروط الهبة - على النحو الذى سبقت الاشارة اليه • وكأنهم جعلوا منع الوصية للوارث لحق الشرع - حذرا من تغيير الفروض التى قدرها الشارع، فلا أثر لرضا الورثة عندهم •

دليل القول الرابع :

هو ما ذكره صاحب نيل الأوطار (١) - من أن القائلين بجواز الوصية للوارث استدلوا بقول الله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت - ان ترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف - حقا على المتقين » - قائلين ان نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز •

وقد رد جمهور العلماء والفقهاء على أصحاب هذا القول - وهم قلة قليلة من العلماء - بأن حديث ابن عباس صرح بنفى الجواز الا اذا أجازت الورثة ، وبأن الآية منسوخة بالسنة ، وبآية الفرائض - على النحو والتفصيل الذى أوردناه عن كثير من الفقهاء والمفسرين - فى الاستدلال على القول الأول •

---

(١) الجزء السادس من نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ص ٣٥ (طبعة سنة ١٣٤٧هـ) •

٦ – ونحن نرجح أن تكون الآية من قبيل العام الذى خصص – كما ورد فى فتح البارى وتفسير القرطبى – وأن المراد من الأقربين فيها – الأقربون الذين لا يرثون ، وعلى ذلك لا تكون الآية حجة لأصحاب هذا الرأى – يضاف الى هذا ما دلت عليه الأحاديث الأربعة التى سبق ذكرها ، وما بسطناه فى الدليل العقلى من وجوب درء المفاسد التى تترتب على نفاذ الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة . وبعبارة أوضح – نرى ما رآه جمهور علماء المسلمين وفقهائهم من ان الوصية للوارث لا تنفذ الا باجازة بقية الورثة ، ونرجح أن تكون آية الوصية محكمة على أن تكون من قبيل العام الذى خصص ، ويبقى وجوب الوصية فيها خاصا بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون .

ونرى لهذا الرأى الذى اخترناه ورجحناه على سائر الآراء مزايا اقتضت ترجيحه : فهو يجعل آية الوصية محكمة ، ويبعد عنها دعوى النسخ الذى لا ضرورة تقتضيه ، وهو أيضا يبقى للآية الحكم المتبادر منها ، وهو وجوب الوصية – أخذا من قوله (كتب عليكم) ، غير أنه يخص بالوالدين والأقربين اذا كانوا لا يرثون . وفى ايجاب الوصية لهؤلاء ، وبخاصة الفقراء منهم سد حاجة المحتاجين ، وصلة الأرحام التى أكد الله مراعاتها بقوله « واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام » وقوله « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى » ، أما الذين يرثون منهم فقد عرف حكم الوصية لهم من أدلة أخرى . وفى هذا الرأى أيضا مراعاة للنصوص الأخرى واعمال لها كالأحاديث المانعة من الوصية للوارث ، وآية المواريث ، ولا شك أنه بمراعاة هذه النصوص جميعها والتوفيق بينها – تتحقق المصالح – ، وتدرأ المفاسد التى تترتب على جواز الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة .

أما بعد فانا لم نر آية كثر فيها التأويل ، وتعددت فيها الأقاويل ، واشتد حولها الخلاف والحوار – كهذه الآية ،

ولا يضاهيها في هذا المعنى الا قوله تعالى : « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين » .

٧ ـ اذا كان حكم الوصية للوارث ـ على ما رآه جمهور العلماء والفقهاء ـ وفي المذاهب الأربعة ـ عدم الصحة أو عدم النفاذ الا باجازة الورثة ، وكانت أدلتهم النقلية والعقلية هي ما ذكرناه ـ فلماذا عدل قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن هذا الحكم ، فقررت المادة ٣٧ منه ـ وهي التي ذكرنا نصها في صدر هذا البحث ، جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره مع نفاذها من غير اجازة الورثة ـ وترك العمل بما كان مقررا قبل صدوره من عدم جواز الوصية للوارث الا باجازة الورثة كما ورد بالمادة ٥٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا ؟

أجابت عن ذلك المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية المذكور ، فقالت عند تفسيرها للمادة ٣٧ :

« صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب جمهور الفقهاء ، ونفاذها يؤخذ من الآية الكريمة : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » وهو رأي فريق من المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني ، كما قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة ، واختير القول بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس اليها » .

هذا ما ساقته المذكرة التفسيرية كمسوغات أو أدلة للحكم الذي ورد بالمادة ٣٧ ـ وهي تنحصر في خمسة مسوغات :

الأول : أن صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب جمهور الفقهاء .

الثاني : أن نفاذها يؤخذ من الآية الكريمة .

الثالث : أن هذا هو رأى فريق من المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني •

الرابع : أنه قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة •

الخامس : أن حاجة الناس تدعو الي اختيار القول بجواز الوصية للوارث •

ونحن نناقش كل مسوغ أو كل دليل منها لنرى : هل هذه المسوغات كافية فى سلامة الحكم الذى قررته المادة ، أم أنها من الضعف بحيث لا تسوغ ما ذهبت اليه من ذلك الحكم ؟

أما الدليل الأول فنحن نسلم به ، ولكنه لا ينتج المطلوب الذى جاءت به المادة ٣٧ ، وهو جواز الوصية للوارث ونفاذها من غير اجازة الورثة : فان جمهور الفقهاء ـ وان رأوا صحة الوصية للوارث ـ يرون مع ذلك أنها لا تنفذ الا باجازة الورثة ، ومعنى ذلك أن الورثة اذا لم يجيزوها تكون باطلة ، وهذا غير ما قررته المادة اذ قالت : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره » وتنفذ من غير اجازة الورثة » •

وأما الدليل الثانى وهو أن نفاذها يؤخذ من آية الوصية ـ فهو غير مسلم به عند جمهور علماء المسلمين من فقهاء ومفسرين ، وذلك ما بيناه وفصلناه تفصيلا فيما سبق من هذا البحث ، وخلاصته أن الكثرة الكثيرة من هؤلاء العلماء قالوا ان الآية منسوخة ، ورأى بعضهم أنها منسوخة فى حق من يرث فقط ، ورأى بعض آخر منهم ألا نسخ ، وانما هى من قبيل العام الذى خصص ـ وهذا ما رجحناه ـ فخصوها بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون • وعلى ذلك فواضعو المادة لا يستطيعون أن يستندوا فى نفاذ الوصية للوارث الى الآية الكريمة الا على رأى مرجوح لقلة قليلة من العلماء ، وهم الذين يرون الآية محكمة وعامة تشمل الوارثين وغيرهم من الأقارب مع رفضهم قبول الأحاديث الصريحة فى عدم

صحة الوصية للوارث الا باجازة الورثة ، ومع ما يترتب على قولهم من الجمع بين الميراث والـوصية لبعض الورثة ــ وهم الموصى لهم ــ دون بعض ــ من كثير من المفاسد التي لا تخفى على أحد عند عدم اجازة الورثة ٠

ومما يلاحظ فى هذا المقام أن واضعى المـادة ٣٧ من القانون ــ بعد أن استدلوا بآية الـوصية على نفاذ الوصية للوارث فى المذكرة التفسيرية ــ عادوا عند تفسيرهم للمادة ٧٦ ــ الخاصة بالوصية الواجبة ، فاستدلوا بالآية نفسها على وجـوب الوصية للأقربين غير الـوارثين ، فكأنهم يرون آية الـوصية عامة فى الأقربين ، تشـمل الـوارثين منهم وغير الوارثين ، وحينئذ كان يلزمهم أن يقـولوا بوجوب الوصية فى الحالتين ، أو بجـوازها فيهما ، ولـكنهم لم يفعلوا ، اذ أجازوها للـوارثين ، وأوجبـوها لبعض الأقربين من غـير الوارثين ، ممن ذكرتهم المادة ٧٦ ٠

وما قيل فى المسوغ الثالث من أن هذا هو رأى فريق من المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهانى ــ لا يستقيم عـلى اطلاقه ــ ، لأن المعزو الى هـذا الفريق الذى لم يعين ، والى أبى مسلم أنهم قالوا ان الآية محكمة غير منسـوخة ، وهذا لا يستلزم على وجه الحتم أن يكون رأيهم هـو نفاذ الوصية للوارث بلا قيد ولا شرط ــ لجواز أن يكون معناها العمـوم والخصوص على الوجه الذى بيناه ، فتـكون الآية خاصـة بالأقربين غير الوارثين ــ ولهذا لما أراد الفخـر الرازى فى تفسيره الكبير أن يوجه قول أبى مسلم الأصفهانى فى الآية : انها غير منسوخة ــ لم يجزم بالرأى الذى أوردته المـذكرة التفسيرية ، ونسبته ــ على سبيل الجزم ــ الى أبى مسلم ، بل ذكر احتمالات ثلاثة ، فقال :

« اختلف القائلون بوجوب الـوصية ، فمنهم من قال : هذه الآية صارت منسوخة ، ومنهم من قال انها ما صـارت منسوخة ، وهذا اختيار أبى مسـلم الأصـفهانى ، وتقرير

قوله من وجوه : أحدها أن هـذه الآية ما هى مخـالفة لآية المواريث ، بل معناها : كتب عليكم ما أوصى به الله تعـالى من توريث الوالدين والأقربين من قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم » أو كتب عـلى المحتضر أن يـوصى الـوالدين والاقربين بتوفير ما أوصى به الله تعالى لهم عليهم ، والا ينقص من أنصبائهم ، وثانيها أنه لا منـافاة بين ثبـوت المـيراث للأقرباء بالميراث ، وثبوت الوصية عطية من الله تعالى ... فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين . وثالثها لو قدرنا حصول المنافاة لكان يمـكن جعـل آية المـواريث مخصصة لهذه الآية ، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصـية للأقربين ، ثم آية الميراث تخـرج القـريب الوارث ، ويبقى القريب الذى لا يكون وارثا داخلا تحت هذه الآية ، الى أن قال : فكل من كان وارثا من هؤلاء (يعنى الوالدين والأقربين) لم تجز الوصية له ، ومن لم يكن وارثا جازت الوصية له لأجل صلة الرحم ... ثم قال : فهذا تقرير مذهب أبى مسلم فى هذا الباب » .

كذلك ما قيل فى المسوغ الرابع من أن هـذا هـو قول فريق من الفقهاء من غير المـذاهب الأربعـة ــ ليس بالحجة القوية التى يصح أن يستند اليها فى تقرير حـكم مخـالف لرأى جمهور الفقهاء والعلماء ، ومنهم الأئمة الأربعة ، وهو رأى ــ كما بينا فى هـذا البحث ــ تؤيده الأدلة النقليـة ، وتدعمه البراهين العقلية ، والقواعد الفقهية .

يقى المسوغ الخامس الذى أوردته المذكرة التفسيرية ، وهو أن حاجة الناس دعت الى اختيار القول بجواز الوصية للوارث ، وهذا قول لا يجد من الواقع مؤيدا ، ولا يستند الى احصاء دقيق ، ولا الى تجربة صحيحة مسلم بها .

ولو فرض قيام هذه الحاجة عند بعض الناس فهى ليست بكافية لتقرير هذا الحكم ، ولا أن تتخذ أساسا لتشريع عام لأنها ليست قائمة على أساس سليم من العدالة وتحقيق الصالح

الخام : فان في نفاذ الوصية للوارث بدون توقف على اجازة الورثة ايثارا لبعضهم على بعض في العطاء ، وذلك يؤدي الى اثارة الشحناء والعداوة والبغضاء بين الأقربين ، وفي ذلك تقطيع الأرحام ، وتهديد للأسرة في أشد ما تحرص عليه من وحدة ومحبة وتعاون .

ومما يستشهد به في هذا المقام ، أو يذكر على سبيل الاستدلال ـ وان لم يكن في موضوع الوصية ـ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كره تفضيل بعض الأولاد على بعض في النحلة والعطية ، حتى ذهب بعض العلماء الى أن التسوية بين الأولاد واجبة وأن التفضيل محرم : فقد ورد في الحديث من رواية لمسلم : « اعدلوا بين أولادكم في النحل ، كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر » ، وروى أن امرأة بشير قالت له : انحل ابني غلاما ، وأشهد لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتى رسول الله ، فقال : ان ابنة فلان سألتني أن انحل ابنها غلامي ، فقال : له اخوة ؟ قال نعم : فكلهم أعطيت مثل ما أعطيته ؟ قال لا ، قال فليس يصلح هذا ، واني لا أشهد الا على حق » ، وفي رواية : « لا تشهدني على جور ، ان لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم » ، فاذا كان رسول الله ـ صلوات الله وسلامه عليه ـ قد حكم بأن ايثار بعض الأبناء على بعض في النحل والعطايا ـ جور وظلم ، فكيف لا يعتبر جورا وظلما وصية الأب مثلا لأحد أبنائه بثلث تركته من غير رضا سائر الأبناء ، مع اتفاق التصرفين في المعنى والعلة والحكمة .

ومما تقدم يتبين أن ما ورد في المذكرة التفسيرية كمسوغ لما قضت به المادة ٣٧ من قانون الوصية ـ لا ينهض دليلا ولا حجة على جواز الوصية للوارث ونفاذها من غير اجازة الورثة .

٨ ـ والخلاصة أن الحكم الذي قضت به المادة المذكورة توجه اليه مآخذ أهمها ما يأتي :

أولا : انه رأى مرجوح لقلة قليلة من العلماء ، وأنه مخالف لرأى جمهور الفقهاء والمفسرين والمحدثين القاضى بعدم صحة الوصية للوارث ، أو عدم نفاذها إلا باجازة الورثة ، وقد بينا أدلتهم النقلية والعقلية فيما سبق ذكره من هذا البحث ٠

ثانيا : أن فى العمل به ايثارا لبعض الورثة على بعض مما يؤدى الى اثارة العداوة والبغضاء بينهم ٠

ثالثا : أن فى هذا الرأى مخالفة للأحاديث الواردة بشأن الوصية للوارث ــ وهى التى سبق ذكرها ــ مع ان كثيرا من الفقهاء والمفسرين والمحدثين قد تلقوها بالقبول وعملوا بها ، ومع أنها مؤيدة ــ من حيث المعنى والروح التشريعية ــ باحاديث التسوية في العطاء بين الأولاد ٠

رابعا : ما فى هذا الحكم من مخالفة للقواعد الفقهية المشهورة ، كقاعدة « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » ، والمفاسد المترتبة على ايثار بعض الورثة على بعض بالوصية غير خافية ، ومثل قاعدة « الحكم يتبع المصلحة الراجحة » ، والمصلحة الراجحة هنا هى فى الابقاء على كيان الأسرة ووحدتها ، وما يجب أن يكون بين أفرادها من التعاون والمحبة وصلة الرحم ٠

من أجل هذا كله ــ نرى تعديل المادة ٣٧ من قانون الوصية ، وذلك بالرجوع الى الرأى الذى كان معمولا به قبل صدور هذا القانون ، وهو عدم جواز الوصية للوارث ، او عدم نفاذها الا باجازة الورثة ــ والله سبحانه وتعالى ــ هو الموفق للحق المبين ، والهادى الى سواء السبيل

حكم الوصية

كلمة (الحكم) تطلق ، ويراد بها فى نظر الفقهاء معنيان : أحدهما : الأثر المترتب على الشيء شرعا ، والآخر

صفته الشرعية ـ من الاباحة ، والحرمة ، والكراهة ، والاستحباب ، والوجوب ٠

وحكم الوصية يطلق ويراد به أحد المعنيين المذكورين ، كما أنه يتنوع الى نوعين : حكمها فى جانب الموصى له ،وهو المراد من المعنى الأول ٠ وحكمها فى جانب الموصى ، وهو المقصود من المعنى الثانى ٠

حكم الوصية : على المعنى الأول

حكمها بالمعنى الاول : أو بالنسبة للموصى له ـ : انه اذا مات الموصى مصرا على وصيته ، وقبلها الموصى له بعد وفاته ، ولم يمنع مانع من نفاذها ـ فان الموصى له يملك الموصى به ملكا جديدا ـ كما فى الهبة ـ غير أنه لا يشترط القبض فيها لافادة الملكية لشبهها بالميراث ٠ أما الهبة فانها لا تملك عند علماء الحنفية ومن وافقهم ـ الا القبض ٠

فالأثر المترتب على الوصية ـ متى استوفت شروط صحتها ولزومها : هو كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له (١) ٠ ويورث عنه بوفاته كسائر أمواله ان كان الموصى به عينا ٠ وتقدم رأى زفر القائل بالملكية بدون حاجة الى القبول لأن الوصية خلافة ٠ فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ٠

وفى الوصية بالمنفعة ـ متى استوفت شروطها ـ يملك الموصى له المنفعة فقط مع بقاء العين الموصى بمنفعتها ـ كما قال علماء الحنفية ـ محبوسة على حكم ملك الموصى المتوفى فى حق المنفعة ، حتى يتملكها الموصى له على ملكه ، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف (٢) ٠

---

(١) الدر المختار والفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٤٥٠ وتقدم بيان ذلك فى ركن الوصية ٠

(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٢ ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٥٧ من كتب الحنفية ٠

فاذا أوصى لمعين مثلا بسكنى منزل معلوم أو بغلته ــ ومثل ذلك غلة الأرض ــ فان كانت الوصية مقيدة بمدة معلومة كثلاث سنين تبتدىء من وفاة الموصى ــ انتفع الموصى له بالمنفعة أو الغلة طوال هذه المدة وبانتهائها ترد العين الى ورثة الموصى • وان كانت مطلقة من القيد أو مؤبدة ــ كان للموصى له الانتفاع بالسكنى أو تملك الغلة مدة حياته(١) • وبعد موته يعود المنزل الى ورثة الموصى لأنه أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز • واذا مات الموصى له فى حياة الموصى ــ بطلت الوصية ــ لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت • وفى الحال ملك الموصى ثابت فى الموصى به ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته ــ فتبطل •

ومن الواضح أنها تبطل أيضا اذا كانت مقيدة بمدة معينة ، ثم انتهت المدة قبل موت الموصى •

وهذا ــ فى المذهب الحنفى ــ اذا •• الخ اذا خرج المنزل الموصى بمنفعته من ثلث التركة فان لم يخرج منه ولا مال للموصى غيره ، وكانت الوصية بالسكنى ــ اقتسمه الموصى له والورثة مهايأة فى المكان أو الزمان ان كان محتملا للقسمة • وان لم يحتمل فالمهايأة الزمانية ليس غير •

---

(١) ومثل ذلك الوصية بالثمرة الا فى صورة الاطلاق عند الحنفية : فانه ان كان فى البستان ثمرة وقت موت الموصى كان للموصى له الثمرة القائمة فقط دون الحادثة بعد ذلك • ان لم تكن له ثمرة وقتئذ كان له كل الثمرة التى تحدث فيما بعد بخلاف الوصية بالغلة وهذه التفرقة ترجع عندهم الى العرف •

ونقلت المذكرة التفسيرية عند تعرضها للمادة ٥٥ عن الشافعية أنه لا فرق عندهم بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة فى أن كلا منهما يشمل الوجود حين وفاة الموصى وما يوجد بعد ذلك • لهذا ولعدم ظهور الفرق بين الأمرين وضعت المادة ٥٥ قاضية بأن الوصية اذا كانت بالغلة او الثمرة كان للموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى • وما يستجد منها مستقبلا ما لم توجد قرينة تدل على أن الموصى قصد بالوصية الموجودة حين الموت فقط •

والمهايأة المكانية تكـون بقسـمة المنزل أثلاثا : الثلث للموصى له ، والثلثان للورثة ، فينتفع كل باستحقاقه الى ان يموت الموصى له ، أو تمضى مدة الوصيه فيرد المنزل جميعـه الى الورثة • والمهايأة الزمانية تكون بسكنى الورثة متبـلا سنتين ، والموصى له سنة ، الى أن يموت ، او يستوفى ما عين له ، وبعد ذلك يكون جميع المنزل للورثة ، والأولى عنـد امكان القسمة أعدل لما فيها من التسوية بينهما زمانا وذاتا ، ولا كذلك الثانية فان فيها تقديم أحدهما زمانا •

وعندما تكون المهايأة ـ بحسب المكان ـ لا يجوز للورثة أن يبيعوا مافى أيديهم من ثلثى المنزل على الظاهر لتبـوت حق الموصى له فى سكنى جميع المنزل بظهور مال آخر للميت، بحيث يخرج المنزل من ثلثه وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خـرب ما فى يده • والبيـع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه • ولا يخفى ما فى هذا التعليل من ضـعف • وفى رواية عن أبى يوسـف أنهـم يملكون ذلك لأنه خالص حقهم ، وحجة هذه الرواية قوية وان كان الرأى الأول هـو الظاهر فى المذهب الحنفى •

أما اذا كانت الوصية على الاحتمال المذكور ـ بالغلة ـ فان المنزل لا يقسم فى ظاهر الرواية اذ حق المـوصى له فى الغلة لا فى عين المنزل ـ فيؤجر ، وتقسم الأجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والمـوصى له وفى رواية عن أبى يوسف : يقسم ليستغل ثلثه (١) •

ذلك ـ وللوصية بالمنفعة عدا ما ذكر ـ أنواع أخرى : كالوصية بقسـمة التركة ، وبالاقراض ، والمرتبـات ، وبالحقوق التى تنتقل بالارث ، وغير ذلك وأحكامها مفصلة ،

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٣ ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، هذا وللوصية بالمنافع فروع وتفصيلات وأحكام أخرى ـ تعرف بالرجوع الى كتب الحنفية فى باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ، وكتب المذاهب الأخرى ـ كما تعرف بالرجوع الى قانون الوصية • وسنعرض لبعضها فيما بعد لصلته بما نحن بصدده من المقارنة •

تعرف بالرجوع الى كتب الفروع ، والى قانون الوصية فى المواد (١ ، ١٢ ، ١٣ ، ٥٦ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٨ ، وسنعرض لبعضها ـ فى مبحث الوصية بالمنافع

حكم الوصية : على المعنى الثانى

حكم الوصيه ـ على المعنى الثانى، وهو صفتها الشرعية، أو بالنسبة لجانب الموصى : هو أن الاسلام قد شرعها ـ عند توافر أسبابها وبواعثها الشرعية ـ لحكم جليلة ، ومقاصد شريفة ـ تجمع بين مصالح العباد فى الدنيا ، ورجاء الثواب ونيل الدرجات العالية فى العقبى ، وقد بينا ذلك من قبل فى دليل مشروعيتها وحكمتها ، وأوضحنا أن تشريع الوصية قد ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأى والشرع .

ولكن ليس كل وصية تصدر من الموصى يقرها الشرع او يرضى عنها العقل ، وذلك لأن للوصية حالات مختلفة ، ولكل حالة منها حكم يناسبها ، وحكم الوصية يختلف باختلاف أحوال الموصين والموصى لهم ، والموصى به . وغير ذلك .

قال صاحب فتح البارى : المصرح به عند الشافعية ندبية الوصية ـ غير أن بعضهم قال : « ان كان المال قليلا والعيال كثيرا ـ استحب له توفرته عليهم » ولكنه ذكر فى موطن آخر ما يفيد أن الوصية ليس لها حكم واحد فى جميع الحالات ، فقال : قد تكون واجبة ، وقد تكون مندوبة فيمن رجا منها كثرة الأجر ، ومكروهة فى عكسه ، ومباحة فيمن استوى الأمران فيه ، ومحرمة اذا كان فيها اضرار ـ كما ثبت عن ابن عباس : « الاضرار فى الوصية من الكبائر » .

وفى أحكام القرآن لابن عربى ـ وهو مالكى ـ ما يفيد أن الوصية مستحبة الا فيما يجب على المكلف بيانه، أو الخروج من عهدته .

وجاء فى كتاب الهداية ــ فى فقه الحنفية ــ : الوصيه غير واجبة (١) ، وهى مستحبة ــ كما قال الزيلعى الحنفى فى كتابه : تبيين الحقائق : الوصية مستحبة اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى ، فان كان عليه ذلك : كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التى فرط فيها ــ فهى واجبة ٠

ولأهمية البحث المتعلق بحكم الوصية ــ على المعنى الثانى ــ ولأن قانون الوصيه المصرى أوجد نوعا من الوصيه لم يكن معمولا به فى المحاكم المصرية قبل صدوره فى شهر يونيو سنة ١٩٤٦ م ، وهو وجوب الوصية للأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم ، أو يموتون معهم ولو حكما ــ على ما هو مذكور فى المادة ٧٦ من هذا القانون ــ وجب أن نبحث هذ الموضوع على الوجه الآتى :

أولا : حكم الوصية ــ على حسب ما هو مبين فى المذاهب الأربعة ٠

ثانيا : رأى العلماء فى القدر الذى تجوز به الوصية ، والقدر الذى به تستحب ٠

ثالثا : بيان آراء علماء الاسلام عامة من المفسرين والأئمة ، والفقهاء ، فى حكم الوصية ، وهل توجد وصية واجبة ؟ وفى أى نوع توجد ؟ ومن القائل بوجوبها ؟

رابعا : بيان حجة كل رأى من الآراء المختلفة مع المقارنة والترجيح ٠

خامسا : بيان ما اشتملت عليه المواد : ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، وهى التى عرضت لبيان الوصية الواجبة بحكم القانون ٠

سادسا : رأينا فى تلك المواد ــ مع بيان الرأى الذى نختاره ونرجحه ٠

---

(١) قول الحنفية : انها غير واجبة رد على من قال بوجوبها للوالدين والأقربين ــ اذا كانوا ممن لا يرثون ، ورد أيضا من قال بوجوبها على كل أحد ــ ممن له ثروة ويسار ــ لقوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ــ ان ترك خيرا ــ الوصية للوالدين والأقربين » راجع العناية على الهداية جـ ٨ ص ٤١٨ ٠

حكم الوصية وأقسامها فى المذاهب الأربعة

١ ـ **المذهب الحنفي** : الوصية ـ عند الحنفية ـ تعتورها الأحكام الشرعية الخمسه :

(أ) فتكون واجبة ـ وهى الوصيه برد الودائع والديون المجهولة ، وبما عليه من الفرائض والواجبات : كالحج والزكاة والكفارات ، وفدية الصيام والصلاة التى فرط فيها • وفى المجتبى : فرق بين حقوق الله تعالى حيث قال : ان الوصية بها مستحبة كالكفارات وفدية الصلاة والصيام ونحوها ، وبين حقوق العباد : حيث أوجب الوصية بها ، والراجح عدم التفرقة بينهما •

فعلماء الحنفية ـ بناء على ذلك ـ كجمهور العلماء لا يرون وجوب الوصية للوالدين والأقربين وان كانوا غير وارثين • وعللوا ذلك بأن آية الوصية فى سورة البقرة (١) منسوخة بآية النساء (٢) ، وبحديث أبى امامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (ان الله أعطى كل ذى حق حقه • فلا وصية لوارث) ، وهذا الحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول ، ونسخ الكتاب بمثله جائز عند الحنفية (٣). ورأينا فى دعوى النسخ ستراه فيما بعد •

(ب) وتكون مستحبة فى سبل البر ، ولمن يقصد بها القربة فيما يعتبر قربة شرعا •

(جـ) ومباحة : كالوصية لغنى اذا لم يقصد بها القربة - أما لو أوصى له لكونه من أهل العلم أو الصلاح ـ اعانة له ـ أو لكونه رحما كاشحا ، أو ذا عيال ـ فانه ينبغى ندبها •

---

(١) هى قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا ـ الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » •

(٢) يقصدون آية المواريث •

(٣) راجع الجزء الخامس من رد المحتار للعلامة ابن العابدين ص ٤٢٩ •

(د) ومكروهة : كالوصية لأهل الفسوق والمعاصى اذا غلب على ظن الموصى أن الموصى له ينفقها فى الشر والفجور.

(هـ) وتكون محرمة باطلة اذا كانت وصية بما لا يجوز شرعا من كل ما هو محرم أو معصية : كالوصية بطعام تجتمع له النائحات بعد موته ، وبضرب قبة على قبره . وقد سبق شرح ذلك فى شروط الوصية .

٢ ـ المذهب المالكى : قال المالكيـة : تنقسـم الوصية خمسة أقسام :

(أ) وصية واجبـة : وهي ما كانت بقـربة واجبـة ، وتجب أيضا على من كان عليه دين أو عنده وديعـة ـ كيـلا تضيع حقوق الناس .

(ب) ومحرمة : وهى ما كانت بمحرم كالوصية بالنياحة ونحوها .

(جـ) ومندوبة : وهى ما كانت بقربة غير واجبة .

(د) ومكروهة ـ وهى ماكانت صادرة من شخص له مال قليل وله وارث .

(هـ) ومباحة ـ وهى ما كانت بمباح

وبعض المالكية يقسم الوصية قسمين : واجبة ، وهى فيما اذا كان له أو عليـه حق ، ومستحبة ، وهى فيما عدا ذلك (١) .

٣ ـ المذهب الشافعى : قسمها الشافعيـة أيضا خمسة أقسام :

(أ) وصية واجبة ، وهى عندهم ـ كما قال الحنفية ـ الوصية بما عنده من ودائع وديون غير معلومة ـ فيجب عليه

(١) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٤٥٢ .

ان يوصى بها ولو لم يكن مريضا حتى لا تضيع حقوق الناس بموته بغتة .

(ب) ومحرمة ـ كما اذا أوصى لشخص مشاغب مفسد بحيث اذا جعل له حق في التركة أفسدها .

(جـ) ومكروهة : وهى ما كانت بأكثر من ثلث المال ، أو كانت لوارث .

(د) ومستحبة استحبابا مؤكدا ، وهى ما استوفت الشرائط ولم تكن واجبة ولا محرمة ولا مكروهة ـ كالوصية لغير الوارث المستقيم العقل ، والوصية للفقراء والمساكين .

(هـ) ومباحة : كالوصية للأغنياء (١) .

٤ ـ مذهب الحنابله : قسموها أيضا خمسة أقسام :

(أ) واجبة : وهى ما يترتب على عدمها ضياع حق الله أو العباد : فتفرض الوصية على من كانت عنده ودائع . أو عليه دين بدون بينة ـ كما تفرض على من عليه واجب من زكاة أو حج ، أو كفارة أو نذر .

(ب) ومستحبة ، وهى الوصية للقريب الفقير الذى لا يرث بشرط أن يكون الموصى قد ترك مالا كثيرا عرفا ، وألا تزيد على خمس المال ـ كيلا يؤذى الورثة .

فان لم يكن له قريب فقير تستحب الوصية للفقراء والمساكين والعلماء ونحوهم .

وقيود الاستحباب ـ عند الحنابلة ـ معقولة ، محققة لحكمة مشروعية الوصية ، مانعة من الاضرار بالورثة ـ فهى جديرة بالقبول والترجيح .

(جـ) ومكروهة ، وهى وصية الفقير ومن ترك مالا يفضل عن غنى الورثة ـ اذا كان له ورثة محتاجون .

---

(١) المصدر السابق ص ٤٥١ .

(د) ومحرمة لا تصح ، وهي الوصية بمعصية وفعل محرم ، ومن ذلك الوصيه ببناء كنيسة أو بيت نار ، او عمارتهما أو الانفاق عليهما ، كذلك لا تصح الوصية بما نهى عنه مما يعمل على القبور من بناء غير مأذون فيه ·

(هـ) ومباحة : وهى فيما عدا ذلك (١) ·

وبالمقارنة والموازنة بين ما سبق ذكره من أحكام الوصية وأقسامها فى المذاهب الأربعة ـ يتضح تقاربها وأن الاختلاف بينها يسير ـ كما تتضح دقة ما اشترطه الحنابلة لاستحباب الوصية لأنها تحقق مقصد الشرع من وضع الأحكام ، وهو تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم ·

ـ رأى العلماء في القدر الذى تجوز به الوصية ، والقدر الذى به تستحب ـ مما يتعلق بحكم الوصية من حيث الجواز وعدمه ، والاستحباب وعدم الاستحباب ـ القدر الذى يوصى به :

فمن المتفق عليه أن الوصية اذا كانت لأجنبى، واستوفت شروطها ـ تجوز وتنفذ فى حدود الثلث، سواء أكان للموصى ورثة أم لا ، وسواء أرضى الورثة أم أبوا · فان زادت على الثلث توقف النفاذ فى الزيادة على اجازة الورثة المعتبرة شرعا ان كان له ورثة · وهذا رأى جمهور الفقهاء ومنع أهل الظاهر الوصية بأكثر من الثلث وان أجازها الورثة (٢) ·

أما إذا لم يكن للموصى ورثة ـ فقد ذهب بعض العلماء والفقهاء الى أنه لا يجوز له أيضا أن يوصى بأكثر من الثلث (٣) · وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه ، فانهم قالوا ان لم يترك الموصى ورثة جاز له أن يوصى بماله بعضه أو كله « اذا لم يكن هناك مانع كاستغراق بالدين ونحوه » ·

---

(١) المرجع السابق ص ٤٥١ ، ٤٦٠ ، وكتاب المغنى ج ٦ ص ٥٣١ و ٥٣٢ ·

(٢) الجزء الثانى من الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ص ٢٦٥

(٣) ذكر صاحب بداية المجتهد أن مالكا لا يجيز وصية من لا وارث له ـ بأكثر من الثلث ، وكذلك الأوزاعى ، واختلف فيه قول أحمد ·

وروى هـذا القـول عن ابن عبـاس ، وبه قال أبو عبيـدة ومسروق ، واليه ذهب اسحق وشريك ومالك فى أحد قوليه ، وأحمد فى رواية ، وهو قول على وابن مسعود (١) ٠

هذا هو القدر الذى تجـوز به الوصـية ، وجملة اراء العلماء والفقهاء فيه ٠

أما القدر الذى تستحب به الوصية ـ فهو أن يكون اقل من الثلث ٠ والمعروف من مذهب الشافعى ـ كما قال صاحب الفتح ـ اسـتحباب النقص عن الثلث ٠ وفى شرح مسـلم للنووى : ان كان الورثة فقراء ـ استحب أن ينقص عنه ، وان كانوا أغنياء فلا ٠ وعند الحنفية : يستحب فى الوصية المشروعة أن يوصى بأقل من الثلث ، سواء أكان الورثة أغنياء أم فقراء ـ كمـا قالوا : ترك الوصية أولى ان كان الورثة فقراء ، ولا يستغنون بما يرثون ، والوصية أولى ان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم ٠ وقيل فى هذا الوجه : يخير بين الوصية وتركها (٢) ٠

واسـتحباب الوصـية بما دون الثـلث رأى كثـير من السـلف (٣) : فقـد ثبت عن ابن عباس قوله : « لـو غض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى ـ لأن رسول الله صـلى الله عليـه وسلم ـ قال : « الثلث ، والثلث كثير » وقال قتادة : « أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب الى » ٠

والأصل فى تحديد الوصية الجائزة بقـدر أقصاه ثلث التركة ، والوصية المستحبة بما دون الثلث على النحو الذى بيناه ـ ما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال :

---

(١) تفسير القرطبى جـ ٢ وفتح البارى جـ ٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ٠

(٢) وتمام الكلام فى الهداية ورد المحتار فى فقه الحنفية ٠

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ٠

« جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ يعودني من وجع اشتد بي ، فقلت : يا رسول الله : اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني الا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال لا ، قلت : فالشطر يارسول الله ؟ قال لا قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير ، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وفي لفظ : عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ في مرضي ، فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم ؟ قلت بمالي كله في سبيل الله ، قال فما تركت لولدك ؟ ، قلت هم أغنياء ، قال : أوص بالعشر فمازال يقول وأقول : حتى قال أوص بالثلث ، والثلث كثير أو كبير » (١) : ففي هذا الحديث تقييد مطلق القرآن بالسنة ، فان الوصية في قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » جاءت مطلقة غير مقيدة بقدر معين ـ فظاهرها يقتضي جواز الوصية بقليل المال وكثيره . لكن قامت الأدلة على أن المراد بها الوصية ببعض المال لا بجميعه : منها هذا الحديث الذي قيد أقصى الوصية بالثلث ، ومنها قوله تعالى في الآية الثانية عشرة من سورة النساء : « من بعد وصية يوصى بها أو دين ـ غير مضار » فان نفي المضارة في الوصية يقتضي الوقوف بها عند قدر معين (٢) ـ أضف الى هذا انه للجمع بين مراعاة حق الورثة وعدم الاضرار بهم ، وبين حق الموصي في الوصية ـ كان لابد من تقييد الوصية بقدر معين ـ حتى يحافظ على حق الورثة في مال المتوفى وعلى رغبة الموصي في تمكينه من العمل للصالح ، ومن استدراك ما فاته من أعمال البر ، والاحسان الى من أحسن اليه من أقاربه الذين لا يرثونه ، أو مكافأة من أسدى اليه معروفا ، وان كان أجنبيا .

---

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٦ ص ٣٢ .

(٢) راجع الجزء الخامس من تفسير القرطبي ـ تفسير سورة النساء .

وقد استنبط الامام أبو بكر الرازى الحنفى (١) من حديث سعد بن أبى وقاص المذكور ـ ضروبا من الاحكام :

الأول : أن الوصية غير جائزة فى أكثر من الثلث الا باجازة الورثة .

والثانى : ان المستحب النقصان عن الثلث ، ولذلك قال بعض الفقهاء : استحب النقصان عنه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « والثلث كثير » .

والثالث : أن الموصى اذا كان قليل المال ، وورثته فقراء ، فان الأفضل ألا يوصى بشىء لقوله صلى الله عليه وسلم: « انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

والرابع : أن فيه دليلا على جواز الوصية بجميع المال اذا لم يكن له وارث ، ولم يكن هناك مانع آخر ـ لأنه أفاد أن الوصية بأكثر من الثلث ممنوعة لأجل الورثة ، فان لم يوجد وارث ـ ارتفع المانع .

وقد تقدم أن كثيرا من الفقهاء يخالفون الحنفية فيمن ليس له وارث ، فيقولون بمنعه من الزيادة على الثلث لأنهم لم يجعلوا الحكم خاصا بالعلة التى علله بها الشارع ، وهى ألا يترك ورثته عالة يتكففون الناس ، بل لأنهم جعلوا جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة ، وجعلوا بيت المال بمنزلة الوارث ـ فقالوا لا تجوز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث ، ومن ثم أوضح القرطبى سبب الاختلاف بقوله : ومنشأ الخلاف راجع الى بيت المال : أوارث هو أم حافظ لما يجعل فيه (٢) ؟ ولا شك أن رأى الحنفية أقوى حجة ، وأقوم قيلا لما ذكره الرازى فى الضرب الرابع من الأحكام التى استنبطها من حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه .

---

(١) راجع أحكام القرآن للرازى المعروف بالجصاص .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ فى مبحث الوصية ، والجزء الثانى من تفسير القرطبى .

ـ آراء علماء الاسلام عامة (١) من المفسرين وأئمة الفقه والحديث ٠

ـ في حكم الوصية وهل توجد وصية واجبة ؟ وفى أى نوع توجد ولمن تجب ؟

★★★

قال صاحب فتح الباري : ان من لم يترك مالا ـ لا تشرع له الوصية بالمال وكذا من له مال قليل على رأى بعض العلماء ، والمصرح به عند الشافعية ندبية الوصيه من غير تفريق بين قليل وكثير ٠ واختار جماعة ـ على ما رواه القرطبي ـ لمن له مال قليل وله ورثة ـ ترك الوصية ـ روى ذلك عن على وابن عباس وعائشة ـ رضوان الله عليهم أجمعين (٢) وسيتضح تفصيل ذلك فيما بعد ٠

وللعلماء والأئمة والفقهاء ـ المتقدمين منهم والمتأخرين ـ أقوال كثيرة في حكم الوصية وصفتها الشرعية : من الوجوب وعدمه ، والحل والحرمة والاستحباب ، والكراهة ٠

وتنقسم هذه الآراء انقساما أوليا ـ بصفة اجمالية ـ قسمين : أحدهما يقول بوجوب الوصية ، والآخر يقول بعدم وجوبها ـ غير أنه لاختلاف آراء القائلين بالوجوب، والقائلين بعدمه ـ يمكن تلخيص الآراء جميعها ـ في خمسة أقوال :

القول الأول : وجوب الوصية في الجملة ـ فيما قل وكثر ـ وهو رأى جماعة من السلف : منهم الزهرى وأبو مجلز ، وعطاء ، وطلحة بن مصرف ، وحكاه البيهقي عن الشافعي في القديم ، وبه قال اسحق ، وداود شيخ الظاهرية ، واختاره آخرون (٣) ٠

---

(١) وذلك منذ عصر الصحابة والتابعين إلى عصر الائمة الاربعة ومن يليهم ٠

(٢) الجزء الخامس من فتح البارى طبعة سنة ١٣٤٨ هـ ، والجزء الثانى من تفسير القرطبى ٠

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ، وفتح البارى جـ ٥ وتفسير القرطبى جـ ٢ ٠

وقد استدلوا على رأيهم هذا بحديث ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ قال : « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصى فيه ، يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » ، وروى بلفظ آخر : « ما حق امرىء مسلم ، يبيت ليلتين ، وله شيء يريد أن يوصى فيه ، الا ووصيته مكتوبة عند راسه » ـ كما استدلوا بظاهر قول الله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا ـ الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ـ حقا على المتقين » ٠

القول الثاني : وجوب الوصية للأقربين الذين لا يرثون خاصة ، وهو رأى طاوس ، وقتادة والضحاك ، ومسروق ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وآخرين ٠ واختاره الطبرى ، وهو رأى أبى بكر عبد العزيز وقول داود (١) ، وابن حزم ٠

استدل أصحاب هذا الرأى بالآية المذكورة ٠ وتقرير استدلالهم بها من وجهين :

الوجه الأول : أن الآية محكمة غير منسوخة ، ولكن ظاهرها العموم ومعناها الخصوص ، فهى مخصوصة ـ لأن لفظ الأقربين ـ يشمل الوارثين وغيرهم ـ فخص منها من يرث بآية الفرائض ، وبحديث « لا وصية لوارث » ، وبقى حق من لا يرث من الوالدين والأقربين ـ من الوصية على حاله ٠

الوجه الثانى : أن الوصية كانت واجبة للوالدين والأقربين مطلقا بنص آية الوصية ، ولكنها نسخت فى حق من يرث فقط ، وبقيت فى حق الوالدين والأقربين الذين لا يرثون (٢) ٠

ومن تتمة هذا الرأى أن بعض القائلين به يرون عدم صحة الوصية لغير ذوى القرابة الا عند عدم وجودهم ، وهو رأى الضحاك ، ومثله رأى طاوس : اذ نقل عنه أن الموصى اذا أوصى بالثلث لغير ذى قرابة وله ذو قرابة ممن لا يرثه ،

---

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٦ ص ٤١٥ ٠

(٢) فتح البارى وأحكام القرآن للرازى وتفسير القرطبى ٠

فان وصيته لا تنفذ ، وترد الوصية كلها الى ذى قرابته(١) .

القول الثالث : ما رآه ابن حزم ـ وهو من اهل الظاهر ـ من فرضية الوصية ووجوبها بوجه عام ـ كما فى الرأى الأول ـ ومن وجوبها ـ بوجه خاص ـ للأقارب غير الوارثين ـ كما فى الرأى الثانى ـ فان لم يقم الشخص بذلك ومات من غير أن يوصى هذا الايصاء الواجب ـ فان ابن حزم يرى فرض وصية فى تركته ، لأن الوصية فرض واجب الأداء ، فان قصر المتوفى فيما يجب عليه ، فلم يوص ـ كان على من يلى أمر المسلمين تنفيذ هذا الواجب .

فرأى ابن حزم ـ وان اتفق مع الرأيين السابقين فى جملتهما ـ يختلف عنهما فى ايجاب الوصية فى تركة المتوفى ان مات من غير وصية .

ولما كان هذا الرأى مما بنى عليه تشريع الوصية التى أخذ بها المشرع المصرى فى قانون (٢) الوصية رقم ٧١ لسنة

---

(١) واتماما للفائدة والايضاح ـ نذكر لك هنا جملة الآراء فى الوصية للاقارب :

قال صاحب المغنى : الأفضل أن يجعل الموصى وصيته لأقاربه الذين لا يرثونه اذا كانوا فقراء ، وذلك فى قول عامة أهل العلم ـ حتى قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء ـ فيما علمت ـ فى ذلك اذا كانوا ذوى حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج منه الوارثون لحديث (لا وصية لوارث) ، وبقى سائر الأقارب ، وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى : (وآت ذا القربى حقه) وقال (آتى المال على حبه ذوى القربى) فبدأ بهم ، ولأن الصدقة عليهم فى الحياة ، فكذلك بعد الموت . فان أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته فى قول أكثر أهل العلم : منهم سالم وعطاء ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى واسحق وأصحاب الرأى .

ونقل عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا : ينتزع عنهم ويرد الى قرابته . وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : للذى أوصى له ثلث الثلث ، والباقى يرد الى قرابة الموصى لانه أوصى بماله كله لجاز منه الثلث ، والباقى يرد على الورثة ، وأقاربه الذين لا يرثونه فى استحقاق الوصية كالورثة فى استحقاق المال كله .

ورد جمهور العلماء على هذا الرأى بأن الوصية عطية ، فتجوز لغير قرابته كالعطية فى الحياة ـ كما استدلوا على رأيهم بحديث يروونه فى هذا الشأن ـ راجع المغنى جـ ٦ ص ٤١٨ وأحكام القرآن لأبى بكر الرازى جـ ١ ص ١٩٣ من الطبعة البهية سنة ١٣٤٧هـ .

(٢) فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون عند توضيح المادة ٧٦ : أن اعطاء جزء من مال المتوفى للاقارب غير الوارثين على أنه وصية وجبت فى ماله ـ اذا لم يوص لهم ـ مذهب ابن حزم ، ورواية فى مذهب الامام أحمد .

١٩٤٦ ـ أفردناه بالذكر ، وكان علينا أن نوضحه بعض التوضيح من كلام ابن حزم نفسه الذى ورد فى كتابه المحلى فى الفقه ـ قال ما خلاصته :

الوصية فرض لازم على كل من ترك مالا ، فلا يسع مؤمنا أن يتركه لحديث ابن عمر : « ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى به ، يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة » ، ويقول : ان هذا الرأى هو رأى ابى سليمان داود بن خلف أمام الظاهرية ، وان عليه كل الظاهريين • وهو يوجب الوصية على الشخص ، سواء أكان له مال كثير ، أم مال قليل • فان مات من غير أن يوصى ـ وجب أن يتصدق من ماله بما تيسر مما لا يجحف بالورثة ؛ وهو يقول فى ذلك « من مات ولم يوص ـ ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولابد ، لأن فرض الوصية واجب ، فوجب أن يخرج شىء من ماله بعد الموت •• ولا حد فى ذلك الا ما رآه الورثة أو الوصى مما لا اجحاف فيه على الورثة ، وهو قول طائفة من السلف » •

ومع قول ابن حزم بوجوب الوصية فى الجملة من غير تعيين لصفة الموصى له ـ أخذا من ظاهر نص الحديث الذى أسلفنا ذكره ـ يخص وصية من بين الوصايا بالوجوب : وهى الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين ـ اتباعا لقول الله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا ـ الوصية للوالدين والأقربين ، بالمعروف ـ حقا على المتقين » ، فالوصية للوالدين والأقربين فريضة بنص الآية ـ غير أنه خرج منها الولدان والأقربون الذين يرثون ؛ ويبقى من لا يرث منهم على الفرض •

فان لم يوص الشخص وصية لازمة ، أو ترك الوصية للوالدين والأقربين من غير الوارثين ـ قام ولى الأمر بتنفيذ ما قصر فيه ـ لأن هؤلاء صار لهم حق فى ماله • ومن الظلم ترك الوصية الواجبة المفروضة ، فاذا وقع هذا الظلم كان من الواجب على ولى الأمر دفعه • ولم يعين ابن حزم القدر

الذى تجب الوصية به ، ولا المقدار الذى يفرض اخراجه ان مات الشخص من غير وصية ــ لأن النص لم يعين مقدار الواجب ــ فبقى القدر على العموم والاطلاق المستفادين من الآية ــ غير أنه ورد فى عبارة ابن حزم ما يشير الى الأساس الذى يبنى عليه تقدير تلك الوصية ، وهو ما تطيب به النفس ، وما يراه الورثة أو الوصى ، وذلك هو قوله :

« فرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون : اما لرق ، واما لكفر ، واما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث ، أو لأنهم لا يرثون ــ فيوصى لهم بما طابت به نفسه ، لا حد فى ذلك • فان لم يفعل أعطوا ولابد ما رآه الورثة أو الوصى » ، ويقول أيضا فى شأن الوصية الواجبة للأقربين غير الوارثين « واذ هو حق لهم واجب ــ فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض اخراجه لمن وجب له ، ان ظلم هو ، ولم يأمر باخراجه •• الى آخره » (١) •

هذا هو رأى ابن حزم فى الوصية الواجبة ــ كما جلاه فى كتابه المحلى ــ فليس فيه تحديد للقدر الموصى به فى الوصية الواجبة ــ نصيب معين ــ اكتفاء بما تطيب به نفس الموصى ، أو بما يراه الورثة أو الوصى ــ مما لا اجحاف فيه بالورثة ، كما أنه ليس فيه تخصيص للأقربين غير الوارثين ــ بنوع معين ، أو طائفة معينة منهم •

ومما لا ريب فيه أن ابن حزم ــ فيما صدر عنه من آراء تشريعية ــ كان يسير دائما على ضوء تلك القاعدة التى بنى عليها رأيه فى الوصية الواجبة ــ من أخذه بظاهر النص ، ومن عدم تحديد القدر الواجب الا بما تطيب به النفوس ، مما لا يجحف بالورثة • وبرهان ذلك ما رآه من وجوب اعطاء الأقارب غير الوارثين ، واليتامى والمساكين اذا حضروا قسمة تركة المتوفى ــ فقال فى ذلك :

---

(١) كتاب ابن حزم للباحث المحقق الأستاذ محمد أبو زهرة من ص ٤٨٠ الى ص ٤٨٦ •

« اذا قسم الميراث • فحضر قرابة للميت ، أو للورثة ، أو يتامى أو مساكين ــ فرض على الورثة البالغين ، وعلى وصى الصغار ، وعلى وكيل الغائب ــ أن يعطوا كل من ذكرنا ما طابت به نفوسهم ، مما لا يجحف بالورثة •• ثم قال : ويجبرهم الحاكم على ذلك ان أبوا » • وقد استدل على ذلك بقول الله تعالى : «واذا حضر القسمة أولو القربى، واليتامى، والمساكين ــ فارزقوهم منه ، وقولوا لهم قولا معروفا » • والامر عند الظاهرية للوجوب حتى يقوم الدليل من النص على غيره (١) • ولكن أكثر العلماء حملوا الأمر فى الاية على الندب والاستحباب ــ فالرضخ (٢) للمذكورين فى الايه مستحب لا واجب •

القول الرابع : قول أبى ثور : ان وجوب الوصية فى الحديث والآية يختص بمن عليه حق شرعى(٣) يخشى ان يضيع على صاحبه ان لم يوص به ــ كوديعة ، أو دين لله تعالى ، او لآدمى ــ لكن صاحب الفتح قال : حاصل هذا الراى يرجع الى قول الجمهور ــ الذى سنذكره بعد ــ وهو أن الوصية غير واجبة لعينها ، وأن الواجب لعينه هو الخروج من الحقوق الواجبة للغير ، سواء أكان ذلك بتنجيز أم بوصية ، ومحل وجوب الوصية انما هو فيما اذا كان من عليه الحق عاجزا عن تنجيز ما عليه ، ولم يعلم بذلك غيره ممن يثبت الحق بشهادته •

القول الخامس : قول جمهور العلماء : انها غير واجبة ــ حتى نسب ابن عبد البر القول بعدم وجوب الوصية الى الاجماع سوى من شذ • وفى قوله مبالغة لوجود من يخالف هذا الرأى من العلماء ــ على ما سبق ذكره -

وعلى أية حال : فجمهور العلماء لا يقولون بوجوبها

---

(١) المصدر السابق •

(٢) من رضخ له : أعطاه عطاء غير كثير •

(٣) فتح البارى •

باطلاق ــ كالرأى الأول ، ولا بوجوبها للأقارب غير الوارثين ــ كالرأى الثانى ، ومن باب أولى لا يوجبونها من قبل الحاكم اذا مات الشخص من غير وصية ــ كما ذهب الى ذلك أصحاب القول الثالث • غير أن جمهور العلماء يقولون انها واجبة فقط على من قبله ودائع وعليه ديون •

وفيما عدا ذلك هى غير واجبة عندهم ، وهو قول مالك والشافعى والحنفية والثورى ــ موسرا كان الموصى ، أو فقيرا ــ على ما نقله القرطبى

أيد القائلون بعدم الوجوب رأيهم بما يأتى :

أولا : استدلوا ــ لعدم الوجوب ــ من حيث المعنى ــ بأن المتوفى اذا لم يوص يقسم جميع ماله بين ورثته بالاجماع فلو كانت الوصية واجبة لاخرج من ماله سهما ينوب عن الوصية (١) • ويدفع هذا الدليل ويهنه ما سبق ذكره فى القول الثالث ، وما أوضحناه ــ من رأى ابن حزم •

وثانيا : أجابوا عن آية الوصية التى تفيد الوجوب : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا ــ الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » بأنها منسوخة : نسختها آية الفرائض ، والأحاديث الدالة على عدم صحة الوصية للوارث الا باجازة الورثة (٢) وفى صحيح البخارى عن ابن عباس قال : كان المال للولد ، وكانت الوصية للوالدين ، فنسخ الله من ذلك ما أحب فجعل ، للذكر مثل حظ الأنثيين وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع » •

ومنهم من قال : ان الوصية المذكورة فى الآية لم تكن واجبة ، وانما كانت ندبا (٣) وارشادا ، وحينئذ فلا نسخ ، كما أنه لا وجوب للوصية •

---

(١) الجزء الخامس من فتح البارى •

(٢) سبق تفصيل الكلام فى ذلك ــ فى مبحث الوصية للوارث •

(٣) أحكام القرآن للجصاص ، والتفسير الكبير للفخر الرازى •

ونحن نقول : ان النسخ في الآية غير متعين، ولا ضرورة تدعو أليه ، وليس موضع قبول من جميع العلماء ــ فان طائفة منهم يرون النسخ في الاية جزئيا ، أى في بعض ما تشتمل عليه ، فيقولون ، قد كانت الوصيه واجبة للوالدين والأقربين ، فنسخت عمن يرث ، وجعلت للوالدين والاقربين الذين لا يرثون .. ومنهم من يقول ان الاية محكمة لا نسخ فيها ، وانما هى من قبيل العام الذى خصص (١) لأن لفظ الاقربين يشمل الوارثين وغيرهم » وقد خص منها الوارث بآية الفرائض ، وبالأحاديث التى لا تجيز الوصيه للوارث الا أن يشاء الورثة . وبقى حق من لا يرث من الاقربين ــ من الوصية على حاله . وهذا هو الذى نرجحه ونختاره لأن فيه اعمالا لجميع النصوص ، وتوفيقا مقبولا بينها ، وابعادا لدعوى النسخ الذى لا ضرورة تدعو اليه .

والقول بأن الوصية فى الآية لم تكن واجبة ، وانما كانت ندبا وارشادا ــ خلاف الظاهر ــ فان قوله « كتب عليكم » ظاهر فى الفرضية والوجوب .

وثالثا : أجابوا عن حديث ابن عمر : « ما حق امرىء مسلم .. الخ » .. بأن المراد الحزم والاحتياط لأنه قد يفجؤه الموت وهو على غير وصية ، ولا ينبغي للمؤمن أن يغفل عن ذكر الموت والاستعداد له .

وقيل الحق ــ لغة ــ الشيء الثابت ، ويطلق شرعا على ما يثبت به الحكم ، والحكم الثابت أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا . وقد يطلق على المباح قليلا (٢) ، يضاف الى هذا تفويض الوصية الى ارادة الموصي : حيث جاء في بعض روايات الحديث : « وله شيء يريد أن يوصى فيه» ، فلو كانت واجبة ما علقها بارادته .

---

(١) فتح البارى ، وتفسير القرطبى وتفسير الفخر الرازى

(٢) يراجع فتح البارى .

وهذا الذى قالوه فى اجابتهم عن الحديث ـ على فرض التسليم به ـ لا ينافى وجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين ـ المستفاد من آية الوصية ٠

الوصية الواجبة فى القانون

١ ـ اذا كانت الوصية غير واجبة على رأى جمهور العلماء ٠ فيما عدا الحالة التى اشرنا اليها فى القول الخامس ٠ فمن أين استقى التشريع المصرى الحديث القول بوجوب الوصية ؟

لم يكن فى تشريعنا المصرى قبل صدور ـ قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ ـ وصية واجبه مفروضة بحكم القانون ـ اتباعا لمذهب الامام أبى حنيفة واصحابه، وهو يوافق مذاهب أكثر العلماء من الأئمة والفقهاء ، الذين سبق ذكر آرائهم وحججهم فى هذا البحث ٠

فلما صدر القانون المذكور فى سنة ١٩٤٦ ـ جاء بنوع جديد من الوصية عرف بالوصية الواجبة ، وذلك ما تضمنته المادة ٧٦ ، وما تلاها من المواد ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ٠

وخلاصة المادة ٧٦ ـ أنه اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته ، أو مات معه ـ ولو حكما ـ بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته ـ وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرطين :

الأول : أن يكون هذا الفرع غير وارث ٠ والثانى : ألا يكون الميت قد أعطى هذا الفرع بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، فان كان ما أعطاه أقل منه ـ وجبت له وصية بقدر ما يكمله ٠

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور (١) وان نزلوا ، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على من يوجد من فروعه قسمة الميراث • كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم الى الميت ماتوا بعده مرتبين •

أما المادة ٧٧ فقد قررت : أن الميت اذا اوصى لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه ـ كانت الزيادة وصيه اختيارية ، وان اوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله • وان اوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون بعض ـ وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه •

ويؤخذ بنصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب ـ من باقي الثلث ، فان ضاق عن ذلك فمنه ، ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية ان وجدت •

وقضت المادة ٧٨ ـ بأن الوصية الواجبة تقدم على غيرها من الوصايا ـ فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصيه ، وأوصى لغيرهم ـ استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة ان وفى ، والا فمنه ومما أوصى به لغيرهم •

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ ـ كما ورد في المذكرة التفسيرية ـ مما نقله ابن مفلح عن الامام أحمد ، وما روى عن طاوس •

والمراد بغير الوصية الواجبة للأقربين : الوصايا الاختيارية ولو كانت وصية بفرض أو بواجب آخر ، وسواء أكانت لجهة أم لأشخاص (٢) •

ثم جاءت المادة ٧٩ ـ مقررة أنه في جميع الأحوال المبينة في المادتين ٧٧ ، ٧٨ ـ يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية

(١) أولاد الظهور : هم من لا ينتسبون الى الميت بأنثى ، وان نزلت طبقاتهم •

(٢) المذكرة التفسيرية ـ المادة ٧٨ •

بين مستحقيها بالمحاصّة، فيقسم بين أصحابها بنسبة حصصهم، وذلك بعد تنفيذ الوصية الواجبة ـ على الوجه الذى بينه القانون ٠

وليس من قصدنا ـ فى هذا البحث ـ ان نعرض لتفصيل الأحكام التى تضمنتها المواد الأربع التى أشرنا اليها ـ فان ذلك يفتقر الى بحث آخر مستقل ـ انما نريد ان نعرض لهذه الوصية من حيث المبدأ مع بيان المسوغات التى حملت على تشريع الوصية الواجبة ، ومناقشة هذه المسوغات ، وبيان رأينا فيها :

بالرجوع الى المذكرة التفسيرية ـ عند تعرضها لتوضيح مواد الوصيه الواجبة ـ نجد ان اهم ما استندت اليه فى وضع الاحكام التى تضمنتها المادة ٧١ ـ هى الاوجه الاتيه :

أولا : قولها انها وضعت لتلافى حالة كثر منها الشكوى، وهى حالة الأحفاد الذين يموت اباؤهم فى حياه ابيهم او امهم ، او يموتون معهم ولو حكما ، كالغرقى والحرقى ، فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ـ مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ٠ وقد يكونون فى عياله يمونهم ، وأحب شىء الى نفسه أن يوصى لهم بشىء من ماله ، ولكن المنية عاجلته ، فلم يفعل شيئا ، أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية ٠ وقد تضمنت المادة ٧٦ ـ أنهم اذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم فان الوصية تجب لهم بايجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث (١) ٠

---

(١) القانون لم يبين طريقة استخراج الوصية الواجبة ـ بالطريقة الحسابية اذا اجتمعت مع الورثة ٠ والخلاصة أن مقدارها اذا كان أكثر من الثلث لم تنفذ من غير اجازة الورثة الا فى الثلث فحسب ـ كما اذا مات الشخص ـ من غير ايصاء ـ عن بنت وابن وأولاد ابن مات فى حياة أبيه فان الابن المتوفى كان يستحق خمس التركة لو كان حيا ، وحينئذ فلا يستحق أولاده الا الثلث اذا لم تجز الورثة ، ويقسم بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ٠ =

- وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلت طبقاتهم .. الى أن قالت المذكرة : « ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ، ولم يعقبوا ، أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية : فلو خلف الميت ابنا وبنتا ، وبنتى بنت ماتت فى حياته ، وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضا غير مرتبين ، وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب ، أو أعقب أولاد بنت ــ قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث ، فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث : للبنت ثلثه ــ يعطى لبنتيها بالتساوى ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده » .

= أما الثلثان الباقيان ــ فانهما يقسمان على البنت والابن الموجودين القسمة الشرعية الواجبة بالميراث .

وان كان ما يستحقه الفرع المتوفى فى حياه أحد أبويه لا يتجاوز الثلث ان كان حيا ــ فذلك يحتمل حلين :

الأول : أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل نصيب أحد الورثة : فاذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أحد أبويه ــ قدرت الوصية الواجبة له كأنها بمثل نصيب الابن واذا كان الموجود فرع بنت توفيت فى حياة أبيها ــ قدرت الوصية الواجبة كأنها بمثل نصيب البنت ــ فلا يفرض الولد المتوفى حيا ــ على هذا الحل ــ بل تحل المسألة بين الورثة الأحياء ، ثم يضاف الى أصل المسألة مثل سهام الولد المتوفى فى حياة أبيه أو أمه .

فاذا توفيت المرأة عن : زوج ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المورثة ، وتركت ٣٦٠ فدانا ــ فان للمسألة تكون من ٤ للزوج سهم ــ وللابن سهمان ــ ثم يزاد على أصل المسألة مثل سهام الابن (أى ٣) فتصير المسألة من ٦ ، وتقسم التركة على ٦ ــ فيخص بنت الابن ١٢٠ فدانا بطريق الوصية الواجبة .

الحل الثانى : أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه ــ حيا ــ ويقدر نصيبه بالسهام ، ويستخرج نصيبه من التركة على هذا الأساس . ثم يقسم ما بقى من التركة بتوزيع جديد ــ على الورثة الموجودين فعلا من غير نظر الى الولد الذى فرض حيا . ومن الممكن تطبيق هذا الحل على المثال السابق .

والحل الأول هو ما أفتى به مفتى الديار المصرية . وميزته أنه يجعل التماثل قائما بين فرع الولد الذى توفى فى حياة المورث وبين من يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، ولكنه لا يساير منطوق المادة ٧٦ ــ كما أنه يعطى الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حيا . ولهذا نميل الى ترجيح الحل الثانى ــ راجع شرح قانون الوصية للباحث المحقق الأستاذ أبو زهرة ص ٢٠٩ وما بعدها .

ثانيا : أن وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه الحديث ـ ومنهم الامام أحمد ، وداود ، وابن حزم ، والطبرى • وقالت ان الأصل فى هذا قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا ـ الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ـ حقا على المتقين » •

ثالثا : أن اعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين ـ على أنه وصية واجبة فى ماله ـ اذا لم يوص لهم ـ مذهب ابن حزم ، ورواية فى مذهب الامام أحمد •

رابعا : قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين فى المادة ٧٦ ـ مبنى على مذهب ابن حزم الذى يجيز أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض ، فلولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد ـ على الترتيب المذكور فى المادة •

خامسا : أن تحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم فى حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث ـ مبنى أيضا على مذهب ابن حزم ، وعلى القاعدة الشرعية : وهى أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ، ومتى أمر به وجبت طاعته ، وهى القاعدة التى سبق شرحها فى المادة الثانية • وقالت المذكرة التفسيرية : ان الجزء الواجب اخراجه يجوز ـ فى مذهب ابن حزم ـ أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ـ كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر• وعلى هذا يجوز لولى الأمر أن يأمر باعطاء الأحفاد فى الوصية الواجبة جزءا من التركة هو مثل نصيب أصلهم فى حدود الثلث ـ لأن هذا هو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط •• الى آخر ما جاء بها (١) •

---

(١) المذكرة التفسيرية بشىء من التصرف •

تلك هى خلاصة المسوغات التى وردت بالمذكرة التفسيرية :

أما الوجه الأول منها ـ فنحن نسلم به لأنه واضح مشاهد ، ولكن واضعى المادة أغفلوا حالات أخرى ، كثر منها الشكوى ، كحالة الأحفاد الذين اقتصرت عليهم المادة ٧٦ ·

ومن أمثلة ذلك : ما اذا لم يوص الميت للقريب غير الوارث ، وترك أما واخوة لأم ، وام اب ـ فان الجدة لاب فى هذا المثال محجوبة بالأم ، وقد تكون فقيرة محرومة ولا عائل لها · أو مات الشخص من غير وصيه ، وترك اما لا ترثه ، او أبا لا يرثه لمانع من موانع الارث ، وقد يكون كل منهما محتاجا الى صلته وبره · او مات عن زوجة ، واخ شقيق ، وأبى أم · والأخير من ذوى الأرحام، وهو لا يرث فى هذه الحال وكذا اذا مات الشخص ولم يوص · ولم يترك اصولا ولا فروعا ، ولكنه ترك عما شقيقا وعمة شقيقه ، او ترك أخا شقيقا ، وابن أخ شقيق آخر مات فى حياة أخيه المتوفى ، والعمة لا تستحق شيئا فى المثال الأول ، وكذا ابن الأخ فى المثال الثانى ·

ألم تكن هذه الحالات وأمثالها مستحقة العلاج من واضعى المادة المذكورة فتفرض فيها وصية واجبة ـ كما فى حالة الأحفاد ؟

والوجهان الثانى والثالث من الأوجه التى استندت اليها المذكرة التفسيرية صحيحان ، مقبولان فى ذاتهما ، وقد ذكرناهما ـ فيما سبق ـ حينما بسطنا آراء الأئمة والفقهاء فى حكم الوصية ـ غير أن استدلال المذكرة بآراء هؤلاء الفقهاء وبالآية الكريمة ـ لا يؤيد باطلاق ما ذهبت اليه المادة من قصر الوصية الواجبة على الأحفاد ·

وأما الوجه الرابع الذى ذكر لتسويغ قصر الأقربين على الأحفاد ـ دون غيرهم من الأقارب غير الوارثين ـ فهو غير

مسلم به ، لأنه يتنافى مع الآية التى استندوا اليها فى الوجه الثانى : اذ اعتبروها دليلا على وجوب الوصية للأقربين غير الــوارثين ، ولفظ الأقربين يشمل الأحفاد وغيرهم ، كذلك لا يتفق مع الأســاس الذى بنيت عليــه الــوصية الواجبة ، ولا مع المصلحة الراجحة التى تقضى بصــلة ذوى الأرحام ، والأقربين الذين لا يرثون ــ كما هو واضح فى الأمثلة التى ذكرناها فى ردنا على الوجه الأول ·

وفقهاء التابعين وغيرهم الذين استندت المادة الى رأيهم فى وجوب الوصيه للاقربين غــير الــوارثين ــ لا يســولون بذلك ــ اذ لا دليل على تخصيص الاقربين غير الــوارثين ــ بالأحفاد · وما كان ليخفى على ابن حزم الذى بنيت المادة على مذهبه هذا الدليل ، لو كان اليه سبيل ، وهــو ذو العقليــه الكبيرة التى لا يجود الزمان بمثلها الا قليلا ــ يضاف الى هذا أن قصر الوصية الواجبة على الأحفاد ــ ينفى وجوب الوصية للوالدين اذا كانا غــير وارثين ، مع انهما مذكوران بالنص فى آية الوصية ــ التى جعلتها المــذكرة أصــلا فى وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ·

على أن ما ورد بالمذكرة التفسيرية من أن قصر الاقارب غير الوارثين على الأحفــاد بالترتيب المبين فى المــادة ٧٦ ــ مبنى على مذهب ابن حزم ــ لا يسوغ قبــوله الا فى حالة ما اذا ترك الميت أحفادا وأقارب آخرين غير وارثين ·

أما فى حالة ما اذا توفى الشخص من غير وصية ، ولم يترك أحفادا ، ولكنه ترك أقارب غير وارثين ــ فان ابن حزم هنا يفرض لهم وصية واجبــة ــ فى حين أن قانون الوصية لا يرى وجوبها لغير الأحفاد · وعــلى ذلك ــ فقــول المذكرة التفسيرية : ان قصر الأقارب غير الوارثين عــلى الأحفاد ــ مبنى على مذهب ابن حزم ــ لا يسوغ قبوله على اطلاقه ــ فلم يبق الا أن هذا الرأى ــ وهو قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد ــ مجرد اجتهاد من اللجنة التى وضعت القــانون ·

وكل اجتهاد لابد أن يستند الى دليل من الأدلة الشرعية ـ فأين هذا الدليل ؟ ٠

كذلك الوجه الخامس ، وهو ما ذكر كمسوغ لتحديد الواجب بمثل نصيب الأصل في حدود الثلث ـ غير مسلم به أيضا ـ لأن رأى ابن حزم الذى بيناه فيما سبق ـ ليس فيه تحديد للقدر الموصى به فى الوصيه الواجبة بنصيب معين ، وانما اكتفى بما تطيب به نفس الموصى، او بما يراه الورثة أو الوصى ـ مما لا اجحاف فيه بالورثة ، وهذه هى عبارته التى تدل على ذلك ـ نسوقها مرة أخرى !

«فرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون : اما لرق ، واما لكفر ، واما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون ـ فيوصى لهم بما طابت به نفسه ، لا حد فى ذلك ٠ فان لم يفعل أعطوا ولابد ما رآه الورثة أو الوصى » ٠

فهذا هو الأساس الذى يجب أن يراعى فى تقدير الوصية الواجبة اذا مات الموصى من غير أن يوصى بها ، وهو أن تكون بقدر تطيب به نفوس الورثه ، ولا يجحف بحقوقهم ـ أضف الى ذلك أن هذه الوصية ـ وان كانت واجبة عند من يقول بها من العلماء ـ لا تخرج عن كونها صلة للقريب غير الوارث ٠ ولا شك أن مراعاة الأساس الذى أشار اليه ابن حزم فى تقدير الوصية الواجبة ٠ وكذا اعتبارها صلة ـ مما يرجح فى نظرنا أن تحدد هذه الوصية بما دون الثلث ٠ وأن تكون بالقدر الذى تطيب به النفوس فى مجرى العادة والعرف السليم ٠

٤ ـ من أجل هذا كله ـ نرى موافقة واضعى المادة ٧٦ ـ على مبدأ وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ـ لقوة أدلته التى أوضحناها ـ فيما سبق ذكره فى حكم الوصية ٠

ولكنا نخالفهم فى ثلاثة أمور .

الأول : ـ فى تخصيص الأقارب غير الوارثين ـ بالأحفاد ٠

الثانى : ـ فى ربط مقدار الوصية الواجبة لهم بنصيب أصلهم المتوفى فى حياة أبيه أو أمه ـ على ألا يتجاوز الثلث ٠

الثالث : فى استنادهم ـ فى ذلك ـ الى أدلة ، غير متجانسة ، ولا متماسكة : فتارة يرجعون الى نص قرآنى ـ كثر اختلاف المفسرين والفقهاء فى تأويله ، وفى أنه محكم أو منسوخ ، أو فى أنه عام أو خاص ، وتارة يرجعون الى ما سموه قاعدة شرعية ، وهى أن لولى الأمر أن يأمر بالمبـاح ـ لما يراه من المصلحة العامة ـ ومتى أمر به وجبت طاعته ، وأن أمره فى رأى بعض الفقهاء ـ ينشىء حكما شرعيا ، وتارة يعتمدون على مذهب أحد الأئمة ، ولكنهم يأخذون ببعض مذهبـه دون بعض ٠

لذلك ـ نرى تخصيص الأقارب بالأحفاد حكما لا دليل عليه من نقل ، ولا من مصلحة راجحة ـ بدليـل ما سبق ان بيناه فى الرد على الوجهين الأول والرابع ـ من المسوغات التى استندت اليها المذكرة التفسيرية ، وبدليـل الحـالات التى أشرنا اليها فى ردنا على الوجه الأول ، وهى تحتاج الى علاج كحالة الأحفاد ٠ وعلاجها يكون بجعل الأقارب غير الوارثين طبقات مرتبة ، بعضها مقدم على بعض ـ بحسب قرب القرابة وبعدها ٠

فاذا مات الشخص ـ من غير ايصاء ـ ولم يكن له أحفاد ـ على الوجه الذى بينته المـادة ٧٦ ـ وله مع ورثتـه أقارب آخرون غير وارثين ـ فما الذى يمنع من فرض الوصية لهم فى هذه الحالة ٠

كذلك نميل الى قصر الوصية الواجبة على المحتاجين ـ من الأقارب غير الوارثين ـ كما يقـول بذلك بعض العلمـاء ـ لأنها لا تخرج عن كونهـا من صـلات البر ، وداخلة فى باب الخير والصدقة ٠ والمحتاجون بذلك أحق وأولى ٠ وقد روى

عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه يرى الوصية للأفقر ، فالأفقر (١) .

وربط مقدار الوصية الواجبة للأحفاد بنصيب أصلهم بشرط الا يتجاوز الثلث ، هو حكم اجتهادى من اللجنه التى أعدت القانون ، وهو أيضا حكم لم تسق عليه دليلا مقنعا ، وذلك لأن تحديد القدر فى الوصية الواجبة ـ اذا مات من عليه الوصية من غير ايصاء ـ يجب أن يراعى فيه ما تطيب به نفوس الورثة ، وما لا يحجب بهم ـ كما يقول ابن حزم الذى تقول المذكرة التفسيرية ان ما ذهبت اليه من هذا الحكم ـ مبنى على مذهبه ، ولا شك أن نصيب الأصل الذى قد يبلغ الثلث ، وقد يتجاوزه ـ لا يمكن ان تطيب به نفوس الورثة ـ فى مجرى العادة ـ وقد يجحف بهم . ولذلك ورد فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه : « الثلث ، والثلث كثير » .

وبناء على ذلك ـ نضع خطوطا رئيسية لما نراه فى هذا الشأن ، ونلخصها فيما يأتى :

أولا : عدم قصر الوصية الواجبة على الأحفاد ، بل ينبغى ـ اذا لم يوجدوا ـ ووجد أقارب آخرون محتاجون ، وغير وارثين ـ أن تفرض لهم وصية فى مال المتوفى ـ اذا لم يوص لهم .

ثانيا : ألا يربط قدر الوصية الواجبة بنصيب أصل ، أو غيره ـ لأنها وصية وليست بارث ، بل يجب أن يعين قدرها بنسبة معينة من التركة لا تبلغ الثلث بحال ـ كما هو رأى كثير من السلف فى الوصية المستحبة .

ثالثا : يستأنس ـ فى تحديد هذه النسبة ـ بما سبق ذكره : من أن استحباب الوصية بما دون الثلث رأى كثير من

---

(١) شرح قانون الوصية للعالم الجليل الأستاذ أبو زهرة ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

السلف ، وبما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : « لو غض النـــاس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان احب الى ــ لان رسول الله صلى الله عليــه وسـلم قال : « الثلث ، والثلث كثير » ، ويقول قتادة : « أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب الى » ، وبما جاء فى بعض الروايات التى روى بها حديث سعد بن أبى وقاص ان رسول الله ــ صلوات الله وسـلامه عليــه ــ قال له : « اوص بالعشر ، فمازال يقــول واقول : حتى قال : أوص بالثلث ، والثلث كثير أو كبير » ــ كما يستـــانس بما جاء فى مذهب الحنابلة من أنه يشترط فى استحباب الوصية للفقير القريب غير الــوارث ــ ألا تزيد عــلى خمس المــال ــ حتى لا يؤدى الورثة •

يستأنس بهذا كله فى تحديد قدر الوصية الواجبــة ــ ولهذا نرجح أن يكون هذا القــدر بنسب تختلف باختــلاف التركة قله وكثرة ، ولا بأس أن تنتهى هــذه النسب بحــد أقصى ، هو الخمس • وكل ما يحقق عــدلا ، ويدفع ضرا ، ويحقق صلة وبرا ــ فهو مما تقره الشريعة ــ مادام لا يعارض نصا قطعيا فيما يدل عليه •

أما بعد فليعذرنى القارىء اذا عثر على مالا يرضيه : فان الموضوع منشعب • وليس من السهل جمع شتاته ، وفيه كثير من الآراء والأقوال ، وقد اختلفت فيــه وجهات النظر اختلافا كبيرا • وحسبى أنى بذلت فيه جهد المقل • ومن الله ــ سبحانه ــ أستمد العون والتوفيق ــ انه نعم المــولى ، ونعم النصير •

الوصية بالمنافع

من تعريف الوصية ــ فى اصـطلاح الفقهــاء ، وفى القانون ــ تبين أن الوصية كما تصح بالأعيــان ــ تصــح

بالمنافع اذ التمليك أو التصرف المضاف الى ما بعد الموت يشملهما .

وقد بينت الوصية بالمنافع : أنواعها وأحكامها فى كتب المذاهب الفقهية المختلفة . وفصلها قانون الوصية المصرى تفصيلا فى المواد من ٥٠ ـ الى ٦٣ .

وليس من قصدنا ـ هنا ـ أن نعرض لأنواعها وأحكامها تفصيلا ، بل اننا سنقتصر على أهم مسائلها مما يعتبر أصولا لفروعها ، وذلك لضيق المقام من جهة ، ولأن هذه الأمور المهمة تعتبر أساسا لما يهمنا من المقارنة والموازنة والترجيح من جهة أخرى (١) وهذه الأمور هى :

١ ـ ما المراد بالمنافع ؟

٢ ـ هل المنافع تعتبر كالأعيان أموالا متقومة ؟

٣ ـ حكم الوصية بالمنافع من حيث جوازها أو عدم جوازها ؟

٤ ـ بم تقدر المنفعة اذا أوصى بها ؟

٥ ـ متى تسقط الوصية بالمنفعة ؟

٦ ـ حكم بيع العين الموصى بمنفعتها .

٧ ـ هل الذى يملك المنفعة بالوصية يملك الاستغلال ؟، وهل من يملك الاستغلال يملك الانتفاع بنفسه ؟

٨ ـ بعض ما عرض له القانون ـ من انواع الوصية بالمنافع .

١ ـ المراد بالمنافع

يؤخذ من كتب الفقه الحنفى ـ كالدر المختار ، ورد

---

(١) من اراد أن يستوعب انواع الوصية بالمنافع وأحكامها ـ فليرجع الى كتب الفقه ، والى قانون الوصية ومذكرته التفسيرية ، والكتب الشارحة له

المختــار (١) ، وتبيين الحقائق (٢) ـ ان علمـاء الحنفية يطلقون المنفعة ـ فى باب الوصية ـ على الخدمة وسـكنى الدار وعلنهـا ، وعـلى غلة الأرض والبسـتان وتمرته • وفسروا الغلة بأنها كل مايحصل من ريع الارض وكراتها(٣) •

وعرفها العالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم فقال « المراد بالمنافع نمرات الاعيان المالية ، وما يستفاد منها بحسب ما هى مهياة له خلقا أو صنعا أو جعلا ، سواء أكانت تلك التمرات اعيانا مادية متولدة من الأصل ، أم غير متـولدة ، ام كانت أعراضا قائمة بتلك الأعيان : والتمرات المتولدة تشمل ثمار الاشجار على اختلاف أنواعها ، والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التى تعطى فى مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان واستعمالها كأجـرة الارض الزراعيـة والدور • والمراد بالاعراض الصفات اللازمة للأعيان التى تكون بهـا صالحة للانتفاع بها ـ كصلاحية الدواب للركوب والحمل ، والدور للسكنى » وهذا بيان جيد للمنافع ، وتفصيل حسن لها ، وتعريف جامع لأنواعها من الناحية الفقهية •

أما القانون فانه أتى بالمنافع على وجه أشمل وأوسـع نطاقا مما ذكر • فان مذكرته التفسيرية قالت : ان المـراد بالمنافع ما يشمل المنافع المحضة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض ، أو بدلها كأجرة الدار والأرض ، أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر • وهى فى هذا متفقة مع التفسير الفقهى للمنافع الذى سبق ذكره ، ولكنها وسعت المعنى المراد بالمنافع فقالت : انها تشمل أيضا الوصية بحقوق الارتفاق، وحق التعلى ، والوصية بأن تباع أرضـه لشـخص مسـمى بثمن معين أو بالتأجير له كذلك ، أو بالاقراض ، أو بقسمة التركة على وجه معين ، كذلك تصح الوصية بمنـافع العين كلها أو بعضها أو ببعض المنافع ، كما يصح أن يكون الموصى

---

(٢) جـ ٥ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ •
(٣) جـ ٦ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ •
(٤) الكراء : الأجرة •

مالكا للعين والمنفعة ، أو مالكا للمنفعة فقط ــ كالمستأجر الذى يوصى بمنافع العين المستأجرة •

وهذه التوسعة من المذكرة الايضاحية فى تفسير المنافع الموصى بها لا تضير غير أن فى بعض ما ذكرته من الأمثله ما يصح أن يعترض على اعتباره من المنافع •

٢ ــ هل المنافع تعتبر كالأعيان أموالا متقومة ؟

اختلف أئمة الشريعة الاسلامية وفقهاؤها فى ذلك على رأيين :

الأول : ــ رأى فقهاء الحنفية • وهو أن المنافع ليست أموالا متقومة بنفسها ، وانما تكون لها قيمة بالعقد وتصير به مالا (١) •

وحجتهم فى ذلك أن المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة وذلك لا يتحقق فى المنافع لأنها أعراض لا تبقى زمانين بل تكسب آنا بعد آن ، وبعد الاكتساب تفنى فلا يبقى لها وجود ، فلا يمكن احرازها ــ ولهذا يقال فلان متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر ، ولا يقال له متمول بالمأكول والمشروب وبكل ما يستعمله ــ اذا لم يكن له مال • ويؤيد ذلك أن المنافع لا تعتبر من الثلث فى حق المريض • حتى جاز له اعارة جميع ماله ، ولو كانت المنافع مالا ما جازت الا من الثلث • والخلاصة أن المنافع قبل كسبها معدومة ، والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال ، وبعد كسبها لا يمكن احرازها ، وغير المحرز لا يعتبر مالا متقوما ــ كالصيد فى الفلاة ــ غير أن المنافع ــ وان كانت فى ذاتها وفى القياس لا تعتبر مالا متقوما ــ لما ذكر ــ تقوم بالعقود كالاجارة وما يشبهها لورود النص وجريان العرف بذلك ،

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٢١ •

فقومت بهذا النوع من العقود استحسانا وعلى خلاف القياس، فيقتصر فيه على مورد النص ، وما جرى فيه العرف المعتبر شرعا ٠

والمنافع وان لم تعتبر مالا عند الحنفيه ـ تعتبر ملكا ، ولهذا جرت عليها التصرفات الشرعية التى اجيزت استحسانا ـ قال فى التلويح(١) : «والتحقيق ان المنفعه ملك لا مال ـ لأن الملك ما من شانه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ، والعين تقوم مقام المنفعة عند العقد عليها (٢) ٠

الرأى الثانى : رأى الشافعيه والمالكيه (٣) ،وهـو أن المنافع اموال متقومة مضمونة كالأعيـان ٠ وقد اسـتدلوا على ذلك بعدة أدلة منها :

أولا : أن المال اسم لما تميـل اليـه النفس ، مخلـوق لمصالحنا ، والمنافع بهذه الصفة ٠

ثانيا : أن الشرع الاسلامى إعتبر المنافع أموالا لأنهـا صالحة فى نظره أن تكون صداقا للمراة فى الزواج ، ولـم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ، وذلك لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » ، وقد اتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعـة مهرا ، وهذا دليل على اعتبارها مالا ٠ فمن لم يعتبرها منهم مالا كان متناقضا ٠

ثالثا : أن الأعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها، وما لا ينتفع به فليس بمال ـ فاذا كانت الأعيان لا تصـير مالا الا باعتبارها ـ فكيف تفقد المنافع ماليتها ؟ وهى متقومة

---

(١) كتاب فى أصول الفقه ٠

(٢) راجع الزيلعى جـ ٥ أول كتاب الاجارة ٠

(٣) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للأستاذ العالم محمد أبو زهرة ص ٤٨ وتبيين الحقائق جـ ٥ ص ٢٣٤ ٠

بنفسها لأن التقوم عبارة عن العــزة ، وهى عزيزة بنفسها عند الناس ، ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها ، بل تقوم الاعيان باعتبارها ، فيستحيل ألا تكون هى متقومة (١) ٠

رابعا : أن العقـد يرد عليهـا وتصـير مضمونه به ، وضمانها آية كونها مالا بالعقد عليها ، ولو لم تكن اموالا فى ذاتها ما قلبها العقد مالا ــ لأن العقود لا تقلب حقـائق الاشياء ، بل تقرر خصائصها ٠

وقد حاول الحنفية الرد على بعض هذه الحجج القوية ــ فقالوا لا نسلم بان المنفعة مال متقوم لأن المـال عبـارة عن احراز الشيء وادخاره ، وذلك لا يتحقق فيهـا ، وجـوازها مهرا باتفاقهما لأنها تصير مالا بالتراضى ، والقول بأن المال مخلوق لمصالحنا ــ مسلم به ، لكن بصفة الاحراز سمى مالا ، والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها (٢) ٠

وبالموازنة بين أدلة الفريقين يتضح قوة الرأى الثـانى وأرجحيته ٠ وعلى فرض التسليم بما قاله علماء الحنفية فى حقيقة المال من أنه لابد من امكان ادخاره واحرازه ــ لا يمكن التسليم ولا الاقتناع بأن المنافع غير متقومة : فان المشـاهد انها متقومة فى معاملات الناس واعتبارهم ٠ وتحقيق العدل ودرء الظلم عن الناس يقتضى القول بذلك ــ يضاف الى هــذا اعتبار الشارع اياها مالا فى الصداق وغيره ٠

ولما قلناه فى هذا الترجيح ــ اضطر متأخرو علمـاء الحنفية الى الفتوى بقول الشافعى ، وهــو اعتبــار المنافع أموالا متقومة مضمونة وان لم يرد عقد عليهـا ــ فى ثلاثة أشياء (٣) :

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٢٣٤ ٠

(٢) المصدر السابق ٠

(٣) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٥ ص ٢٣٤ ٠

الأول : المعد للاستغلال (١) • الثاني : الأوقاف • الثالث : أموال اليتامى •

فاذا اغتصبت هذه الأشياء كان على الغاصب ضمان منافعها على رأى المتاخرين من فقهاء الحنفية ، وسبب استثنائها من أصل مذهبهم أن الوقف يفتي فيه بما هو انفع له ، ومال اليتيم ملحق بالوقف في ذلك ، بل هو اولى • أما المعد للاستغلال فالظاهر أن الاقدام على الانتفاع به قرينة على الرضا بدفع أجرته (٢) ، ولان المنفعة في المعد للاستغلال مقصودة من المالك لذاتها — فاذا فوتها عليه الغاصب ضمنها (٣) •

والخلاف بين الشافعي والحنفية في اعتبار المنافع أموالا ، أو عدم اعتبارها كذلك خلاف جوهري ترتب عليه اختلافهم في فروع كثيرة في مختلف أبواب الفقه — ترى ذلك في بعض مسائل الاجارة والاعارة والوصية والغصب(٤) وقد عرفت الرأى الذى نرجحه ونختاره •

٣ — حكم الوصية بالمنافع من حيث جوازها أو عدم جوازها

اتفق الفقهاء على جواز الوصية بالرقاب • واختلفوا في المنافع : فقال ابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأهل

---

(١) المعد للاستغلال هو ما اشترى أو بنى للاستغلال أو توالت اجارته ثلاث سنين او اكثر — المعاملات الشرعية المالية للفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ص ١٧٣ •

(٢) هامش كتاب المعاملات الشرعية المالية للعالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ص ١٦٢ •

(٣) باستثناء متاخرى الحنفية هذه الأشياء الثلاثة — قربوا فعلا بعض التقريب بين مذهبهم ومذهب الشافعي الذى هو أولى بالقبول والترجيح — لقوة أدلته •

(٤) فمن ذلك اختلافهم في الموصى له بسكنى الدار : هل يملك تاجيرها ؟ — قال=

الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة • والى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر (١) وعمدتهم فى ذلك ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لأنها تابعة للعين ملازمة لها ، والعين قد انتقلت الى ملكه بوفاة الموصى لأن الميت لا ملك له ، فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره • وفى ملكية الموصى له للمنفعة جبرا عن الوارث تجريد للمالك عن ثمرات ملكه ، وذلك لا يجوز •

وقال جمهور فقهاء الأمصار ـ ومنهم الأئمة الأربعة : ان الوصية بالمنافع جائزة ، وذلك لأنها فى معنى الأموال ، فتصح الوصية بها كالأعيان ، وهذا واضح على رأى من يقول : ان المنافع تعتبر أموالا متقومة •

أما على رأى الحنفية ـ القائل : بأنها لا تعتبر مالا ـ فذلك لأن المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل ويكون اجارة وبغير بدل ويكون اعارة فكذا بعد الممات بالوصية ـ كما فى الأعيان ، ويكون الأصل الموصى بمنفعته محبوسا على

= الشافعى يملك ذلك لأن السكنى منفعة ، وهى مال عنده ، فيجوز أن يعوضها بمال من طريق الاجارة ، وقال الحنفية ليس له أن يؤجر الدار لأن المنفعة ليست بمال ـ على أصلهم ـ وقد ملكها بغير عوض ، فلا يجوز تاجيرها والا كان مملكا أكثر مما ملكه • وانما جاز للمالك أن يؤجر ببدل لأنه ملك المنفعة تبعا لملك العين • وجاز للمستأجر أن يؤجر مع أنه لا يملك الا المنفعة لأنه لما ملكها بعقد معاوضة كانت مالا ـ بخلاف ملكها بعقد تبرع كما فى الوصية بالمنفعة ـ راجع الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٥٨ •

ومنه اختلافهم فى منافع المغصوب : فالشافعى يقول انها مضمونة : فاذا ركب الغاصب الدابة أو سكن الدار المغصوبة فان عليه أجر المثل لأن المنفعة مال ـ تملك وتقوم بالعقود ـ كما تملك الأعيان وتقوم بها ، وليست الاجارة الا بيعا للمنافع ، واذا ثبت أنها متقومة وجب أن تضمن بالغصب كما تضمن الأعيان ـ فيلزم الغاصب بتادية أجر المثل • والحنفية يقولون : منافع الغصب غير مضمونة لأنها ليست بأموال عندهم ، ولأنه لا يتصور فيها غصب لأنهـا أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها ، ولأن المنافع حدثت بفعل الغاصب وكسبه ، والكسب للكاسب لا لغيره • ولضعف هذه الحجج أتى المتأخرون من الحنفية بقول الشافعى « ان منافع الغصب مضمونة » ـ فى الأشياء الثلاثة التى ذكرت فى الأصل •

(١) الجزء الثانى من بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ص ٢٨٨ طبعة سنة ١٣٣٩ هـ •

ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه ٠ ولأن الحاجة قاضية بجواز الوصية بها اذ الموصى محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه ، وكذا الموصى له محتاج الى سد حاجته بأى شيء ـ عينا كان أو منفعة ٠

وما دامت الوصية بالمنفعة لا تتجاوز الثلث ـ فلا ضرر على الورثة من القول بجوازها ٠ ولهذا كان رأى الجمهور أولى بالترجيح والقبول ، وبه أخذ القانون ٠

٤ ـ بم تقدر المنفعة الموصى بها ؟

الوصية بالمنفعة سواء أكانت بالسكنى أم بالغلة ، أم بغيرهما كالوصية بالعين ـ يشترط لنفاذها عند وجود الورثة أن تخرج من ثلث التركة ٠ فان زادت توقفت فى الزائد على اجازتهم ٠ فان لم يجيزوا لم يستحق الموصى له من الوصية الا بقدر ما يخرج من ثلث جميع المال (١) ٠ ولكن كيف تقدر المنفعة ؟ ٠

أولا : فى المذهب الحنفى :

يرى أبو حنيفة وأصحابه ومن تابعهم من الفقهاء أنه فى تقدير المنفعة ينظر الى الأعيان التى أوصى بمنفعتها ـ أيا كانت المدة ـ فان كانت رقابها تخرج من الثلث جازت ونفذت ، واو لم تخرج من الثلث نفذ منها بقدر الثلث فقط، وتوقف الزائد على اجازة الورثة ، ولا تعتبر عندهم قيمة السكنى ، والغلة والثمرة ، والخدمة ، وذلك لأن المقصود من الأعيان منافعها ـ فاذا صارت المنافع مستحقة ، وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لا منفعة لها ـ فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها (٢) ٠

(١) فاذا كان المنزل الموصى بسكناه نصف التركة ـ استحق الموصى له ثلثيه ، والورثة ثلثه لأن ثلثى المنزل ثلث التركة ـ فتنفذ الوصية فى ثلثيه ٠

(٢) رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٥٧ ٠

وبذا تصير الوصية بالمنافع من حيث التقدير كالوصية بالأعيان (١) ٠

ثانيا : المذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي :

تدل المذكرة التفسيرية ــ عند بيانها للمادة ٦٢ ــ على أنه يؤخذ من المذهب الشافعي أن الوصية بالمنفعة تقدر بقيمة المنفعة الموصى بها فى مدة الوصية ــ لأنها هى الموصى بها ٠

أما المذهب الحنبلي فانه يؤخذ منه أن الوصية بالمنفعة ان كانت مقيدة بمدة معلومة ــ قدرت بقيمة المنفعة نفسها فى تلك المدة قولا واحدا ٠ وان كانت مطلقة فى الزمان كله ففيها قولان فى المذهب : أحدهما ــ كما فى المذهب الحنفى ــ تقوم الرقبة بمنفعتها ويعتبر خروجهما من الثلث على هذا الأساس ٠ وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له ــ قال صاحب المغنى (٢) ــ فى فقه الحنابلة :

« اذا ثبت هذا ــ فمتى أريد تقويمها ــ فان كانت الوصية مقيدة بمدة ــ قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ، ثم تقوم المنفعة فى تلك المدة ، فينظر كم قيمتها ؟ ٠ وان كانت الوصية مطلقة فى الزمان كله : فقد

---

(١) هذا هو المعروف فى المذهب الحنفى ، ولكن العالم الفقيه الأستاذ الشيخ زيد فى الجزء الثانى من كتابه : شرح الأحوال الشخصية ص ٣١٠ ــ ذكر أن ابن عابدين استظهر أن فى المسألة روايتين : احداهما ما ذكرناه فى الأصل ٠ والثانية أنه ينظر الى المنفعة الموصى بها : لتقوم المنفعة ، وينظر الى النسبة بين هذه القيمة وأموال الموصى ــ وبناء على هذه الرواية : اذا وصى شخص لغيره بسكنى منزل مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة ــ قومنا سكنى المنزل فى هذه المدة ونسبنا هذه القيمة الى أموال الموصى فان كانت تخرج من ثلثها سلمنا المنزل جميعه للموصى له للانتفاع بسكناه هذه المدة ــ فاذا فرض أنه يستأجر فيها بثلثمائة وستين جنيها وكانت قيمة المنزل ألفا وخمسمائة ــ سلمناه جميعه الى الموصى له لينتفع به مدة الوصية ــ بخلاف الرواية الأولى فانه لا حق له الا فى ثلث المنزل ٠ ووجه هذه الرواية أن الموصى به المنفعة لا نفس المنزل ، والنظر انما يكون للموصى به لا لغيره ٠ والرواية الأولى هى المتداولة فى أكثر الكتب ٠ وانظر ماذا تصنع على الرواية الثانية اذا كانت الوصية بالسكنى أو بالغلة طول حياة الموصى له » انتهى كلام الأستاذ الشيخ زيد مع شىء يسير من التصرف » ٠

(٢) الجزء السادس ص ٤٧٨ مع شىء من التغيير الذى لا يغير المعنى المقصود ٠

قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا ويعتبر خروجهما من الثلث ـ لأن عبدا لا منفعة له ، وشجرا لا ثمر له ـ لا قيمة له غالبا ـ وقيل : تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له • وصفة ذلك أن يقوم الموصى به بمنفعته ، فاذا قيل قيمته مائة ـ قيل : كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فاذا قيل عشرة ـ علمنا أن قيمة المنفعة تسعون » •

ثالثا : ما أخذ به القانون :

قضى القانون فى المادة ٦٢ ـ بأن الوصية بكل منافع العين أو بعضها ـ ان كانت مؤبدة ، أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له ، أو لمدة تزيد على عشر سنين ـ فانها تقدر بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها ، وذلك لأن أمل الورثة فى الانتفاع بها بأنفسهم بعيد التحقق ـ فتعتبر قيمة العين ـ كأن الوصية وقعت بها • ومن الواضح أن هذا مأخوذ من مذهب الحنفية الذى سبق ذكره (١) كما أنه يصح أن يكون مأخوذا فى أكثر ما اشتمل عليه ـ من أحد القولين فى المذهب الحنبلى •

أما اذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ـ فانها تقدر بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة ، والتعليل لا يخفى عليك ـ كما لا يخفى أن هذا مأخوذ من مذهب الشافعى (٢) ويصح أن يكون مقتبسا من المذهب الحنبلى الذى سبق بيانه • وتحديد المدة القصيرة من المدة الطويله بعشر سنين اجتهاد من اللجنة التى أعدت القانون •

٥ ـ متى تنتهى الوصية بالمنفعة ، ومتى تسقط ؟

الوصية بالمنفعة ـ ان كانت لمعين ـ وكانت مؤقتة بمدة معلومة ـ تنتهى بانتهاء تلك المدة • وان كانت مطلقة أو

---

(١) المذكرة المفسرة ـ المادة ٦٢ •

(٢) المصدر السابق •

مؤبدة ، أو مدة حياته ـ انتهت بموته ، وان كانت لمحصورين ولاكثر من طبقتين تنتهى بانقراض الطبقة الثانية ـ كما قضت بذلك المادة ٢٩ من القانون (١) . وان كانت لغير محصورين ممن لا يظن انقطاعهم كالفقراء أو لجهة من جهات البر كالمدرسة والمسجد ، وكانت مؤبدة أو مطلقة ـ صارت الوصية وقفا واستحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد . وان كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين ـ يظن انقطاعهم ـ استحق الموصى لهم المنفعة الى انقراضهم (راجع المادة ٥٢) من القانون ومذكرتها التفسيرية .

وتبطل الوصية بالمنفعة قبل تمامها ـ وتسقط بعد تقررها ـ كما قضت بذلك المادة ٥٩ ـ بما يأتي :

أولا : اذا مضت المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصى أو مات الموصى له المعين واحدا كان أو أكثر قبل بدء المدة . وان مات فى أثنائها بطلت فى باقيها ، وتعليل ذلك واضح .

ثانيا : اذا أسقط الموصى له حقه فى المنفعة لورثة الموصى ـ بعوض أو بغير عوض . أما اسقاطه بعوض فهو من قبيل المصالحة على تركه نظير مال ، وذلك جائز بمقتضى أحكام القانون .

وأما اسقاطه المنفعة بغير عوض ـ فهو من قبيل ابراء الورثة منها ، وذلك أيضا جائز لأنه يملكه .

ثالثا : اذا استحقت العين الموصى بمنفعتها ، أو اشتراها الموصى له ـ علم بالوصية أو لم يعلم . واذا استحقت أو اشتريت فى أثناء مدة الانتفاع بطلت فى الباقى .

---

(١) قيد الانتفاع بطبقتين برأى اجتهادى من اللجنة التى أعدت القانون لأنها لو استمرت فى الطبقات بدون تقييد وقد تتكاثر الذرية ـ قلت الأنصبة وجرى التنازع بينهم . راجع شرح قانون الوصية للأستاذ الجليل أبو زهرة ص ١٥٢ ـ ١٧٠ .

وبطلانها بالاستحقاق لأنه تبين أن العين الموصى بمنفعتها لم تكن مملوكة للموصى . وتبطل كذلك بالشراء لأن الموصى له ـ بشرائها ـ أصبح مالكا للعين والمنفعة معا ـ فلا وجود للوصية . وقالت المذكرة التفسيرية ان ما قررته المادة ٥٩ من أحكام مأخوذ من مذهب الحنفية .

٦ ـ بيع العين الموصى بمنفعتها

اذا باع ورثة الموصى ، أو الموصى له بالرقبة ـ دون المنفعة ـ العين الموصى بمنفعتها لغير (١) الموصى له ـ ففى المذهب الحنبلى ، والمذاهب الأخرى عدا المذهب الحنفى ـ يعتبر هذا البيع صحيحا نافذا (٢) . ومتي كان لغير الموصى له بالمنفعة فان العين تنتقل الى ملك المشترى بجميع حقوقها عدا حق الموصى له ، فانه يبقى ويستوفيه على ملك المشترى ، ويكون ذلك البيع جائزا بغير حاجة الى اجازة الموصى له(٣) .

وحجة هذا الرأى قوية وواضحة ـ لأن الحكم الذى قضى به لا ضرر فيه على مالك الرقبة ، ولا على الموصى له ، وبه أيضا رعاية حق الأول باباحة التصرف له فى ملكه بالبيع ، ودفع الحرج عنه ـ الناجم عن بقاء العين فى ملكه بدون انتفاع بها ، ولا بثمنها . كما أن به رعاية حق الثانى ببقاء الانتفاع له بالعين الموصى بها على ملك المشترى الى أن تنتهى الوصية .

ولقوته ووضوحه ورعايته مصالح الجانبين ـ قضت به المادة ٦٠ من القانون ، ونصها :

---

(١) أما اذا بيعت للموصى له بالمنفعة فان الوصية تسقط على ما سبق بيانه فى المادة ٥٩ ويتم البيع وينفذ .

(٢) شرح قانون الوصية للعالم الأستاذ أبو زهرة ص ١٦٤ ، ١٦٦ والمذكرة التفسيرية للقانون ـ المادة ٦٠ .

(٣) المادة ٦٠ مع المذكرة التفسيرية .

« يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم (١) فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة الى اجازة الموصى له » ٠

المذهب الحنفى :

أما المذهب الحنفى : فالقاعدة المشهورة فيه هى أن المبيع اذا تعلق به حق الغير ـ فان بيعه يكون موقوفا على اجارة من له هذا الحق : فاذا باع الموصى له بالرقبة ، أو الورثة العين الموصى بمنفعتها لغير الموصى له بالمنفعة ـ فان هذا البيع لا ينفذ ـ عند الحنفية ـ بالنسبة للموصى له بالمنفعة الا باجازته ، فان آجازه سقط حقه في الوصية ، وبطلت لأن اجازته للبيع تكون ابطالا لحقه فى المنفعة ، ويسلم الثمن كله لصاحب الرقبة ، أو للورثة ٠ وان لم يجزه لم ينفذ البيع واستمر حقه فى الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها ، حتى ينتهى أجل الانتفاع بالوصية ٠ وهذا هو الذى يستفاد مما جاء فى المبسوط(٢) فى هذا الشأن ـ قال :

« ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ، ولآخر برقبتها وهى تخرج من الثلث ـ فباعها صاحب الرقبة ، وسلم صاحب الغلة البيع ـ جاز ، وبطلت وصيته ، ولا حق له فى الثمن ـ لأن الملك لصاحب الرقبة ، وحق صاحب الغلة فى المنفعة ـ فاجازته البيع تكون ابطالا لحقه فى المنفعة ، ويسلم الثمن لصاحب الرقبة ـ كما لو باع الآجر العين المستأجرة ، ورضى به المستأجر » ٠

وبناء على هذا ـ لا ينفذ البيع ـ عند الحنفية ـ الا باجازة الموصى له بالمنفعة لتعلق حقه بالعين وهو حق الانتفاع ـ فلو

---

(١) التعبير فى المادة بكلمة « نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها » ليس بدقيق ولا واضح ـ لأنه قد يوهم أن المراد بيع الورثة نصيبهم فى العين ـ مما لم يدخل فى الوصية ٠ والمذكرة التفسيرية قد نفت هذا الايهام لأنها قالت : حق الورثة فى بيع العين الموصى بمنفعتها كلها أو بعضها ـ للموصى له أو لغيره ـ مذهب أبى يوسف ، وموافق للمذاهب الاخرى ٠٠ الخ ٠

(٢) جـ ٢٨ ٠

نفذنا البيع أبطلنا حق الموصى له ، وذلك لا يجوز • وقد يضاف الى هذه الحجة ما ذكره علماء الحنفية من أن العين الموصى بمنفعتها تعتبر محبوسة على حكم ملك المتوفى فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه — فلا ينفذ بيعها الا اذا انتهت مدة الانتفاع ، أو أسقط الموصى له حقه فى الانتفاع باجازته البيع •

بقى أن يقال : هل للموصى له — فى المذهب الحنفى — عند عدم اجازته أن ينقض البيع ويفسخه أم لا ؟ — لم أر فى ذلك نصا صريحا فى باب الوصية (١) • وستعرف تخريج ذلك فيما بعد •

نقد رأى الحنفية :

يعترض على رأيهم من وجوه :

الوجه الأول : — أنه يترتب على رأيهم الحرج والضرر الذى يلحق الورثة أو مالك الرقبة اذا لم ينفذ البيع الا باجازة الموصى له : فان مدة الوصية قد تكون طويلة ، وقد تكون مدى الحياة ، وتظل الرقبة بالنسبة لمالكها معطلة ، لا ينتفع بها ولا بثمنها • ومن القواعد الشرعية : « مراعاة اليسر ورفع الحرج » و « الضرر يزال » • ورفع الحرج وازالة الضرر تكون بانفاذ البيع من غير توقف على الاجازة ، ومع المحافظة على حق الموصى له ، فيبقى ويستوفيه على ملك المشترى — كما قضى بذلك القانون ، وبعض المذاهب الفقهية الأخرى •

الثانى : — أنه مع التسليم بأن حق الموصى له بالمنفعة — متعلق بالعين المبيعة — لا نسلم بأن هذا يمنع من نفاذ بيعها — لأنه من الممكن أن يستمر حقه فى المنفعة بعد البيع — وان كانت ملكية الرقبة قد انتقلت الى مالك جديد • وبناء على

---

(٢) والمنصوص عليه — فى مبحث الوصية — فيما قرأته من كتبهم — انما هو بيع الورثة ما بطلت فيه الوصية لزيادته على الثلث — كما اذا أوصى بسكنى دار ولا مال له غيرها • وقد بينا رأى الحنفية فى ذلك وخلاف أبى يوسف فيه — وذلك فى مبحث حكم الوصية •

ذلك فحقه لا يتأثر بالبيع ـ فلا موجب لتوقف نفاذه . وما دمنا قد حافظنا على حق الموصى له فلا شأن له بعقد بيع صدر من مالك العين لمن قبل شراءها مع علمه بتعلق حق الموصى له بها حتى ينتهى أمد الوصية . أما اذا لم يعلم المشترى بالوصية وقت الشراء ـ فانه يجب ان يكون بالخيار عند علمه بها : ان شاء نقض البيع بهذا العيب ، وان شاء أمضاه .

واذا تمسك الحنفية بأصلهم الذى يقضى ببقاء العين على حكم ملك المتوفى فى حق المنفعة ـ قلنا لهم : نحن لا نسلم بهذا الأصل ـ لأنه لا دليل عليه .

الوجه الثالث : ـ ربطهم بين اجازة الموصى له للبيع ، وبين سقوط حقه فى الوصية . وهذا الترابط الذى اعطوه حكم التلازم ـ غير مسلم به ـ لأنه قد يرضى بالبيع مع استمرار حقه فى المنفعة على ملك المشترى . والرضا بالبيع لا يستلزم اسقاط هذا الحق الا اذا كان مصحوبا بدلائل أخرى تدل على تنازله عنه .

الوجه الرابع : ـ أن قول الحنفية فى بيع الرقبة الموصى بمنفعتها ـ ليس واضحا كل الوضوح ـ كما يعرف ذلك بالرجوع الى عبارة المبسوط التى سبق ايرادها .

واذا جاز لنا أن نوضحه ، ونخرج فيه بعض التخريج ـ وجب أن نرجع الى رأيهم فى مسألة أخرى مذكورة فى مبحث الاجارة :

وهى بيع العين المستأجرة لغير المستأجر : فان هذه تماثل ما نحن فيه : وهو بيع العين الموصى بمنفعتها لغير الموصى له .

وخلاصة رأيهم فى المسألة الأولى « بيع العين المستأجرة » أنه على حسب رواية الطحاوى عن أبى حنيفة ومحمد ـ يكون للمستأجر نقض البيع ، فاذا نقضه فانه لا يعود . وعلى حسب ما ذكر فى ظاهر الرواية : لو أجاز المستأجر البيع

جاز ، وبطلت الاجارة فيما بقى من المدة ، ولو فسخه فانه لا ينفسخ بين البائع والمشترى ـ حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشترى أن يأخذ المبيع ٠

كذلك روى عن أبى يوسف أنه قال : ليس للمستأجر نقض البيع ، والاجارة فيها كالعيب : فأن كان المشترى عالما ـ وقت الشراء ـ بالاجارة ـ فليس له أن يطالب البائع بتسليم العين المبيعة الى أن يمضى وقت الاجارة ، وان لم يكن عالما ـ وقت الشراء فهو بالخيار : ان شاء نقضه بالعيب، وان شاء أمضاه ، ونقل أيضا أن ما يرويه محمد من قول أبى حنيفة : هو أنه ليس للمستأجر نقض البيع ، ولكنه ان أجازه كان فى ذلك ابطال ما بقى من اجارته (١) ٠

---

(١) ولأهمية ما ذكر فى المذهب الحنفى من آراء فى حكم بيع العين المستاجرة ـ نذكر ـ فيما يأتى ـ خلاصة ما ورد فى حاشية الامام الشلبى على الزيلعى ـ فى هذا الشأن « الجزء الخامس ص ١٤٥ ، ١٤٦ » ٠

قال فى مختصر الطحاوى : من آجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة : فان أبا حنيفة ومحمدا قالا : للمستاجر منع المشترى ونقض البيع عليه فيها لأنه تعلق بها حقه ، وهو حق الانتفاع ، فلو نفذنا البيع أبطلنا حق المستاجر ، وذلك لا يجوز ٠ فان نقض المستاجر البيع كان منتقضا ولم يعد بعد ذلك : وان لم ينقضه حتى فرغت الدار من الاجارة ـ تم البيع فيها ، وهو قول أبى يوسف فى القديم ، وروى عنه أصحاب الاملاء أنه قال : لا سبيل للمستاجر الى نقض البيع فيها ٠ والاجارة فيها كالعيب ، فان كان المشترى عالما بها فقد برأ منه وللمشترى قبض الدار بعد انقضاء الاجارة ، وان لم يكن المشترى عالما بالاجارة وقت البيع كان بالخيار ان شاء : نقض البيع بالعيب الذى وجده بها ، وان شاء أمضاه ، والذى يرويه محمد من قول أبى حنيفة أنه ليس للمستاجر نقض البيع ، لكنه ان أجاز البيع كان فى ذلك ابطال ما بقى من اجارته ٠ والقول الأول انما رواه من قول أبى حنيفة غيره » انتهى من الطحاوى فى مختصره ٠

وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى : من آجر داره ، ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة ـ فان البيع جائز فيما بين البائع والمشترى حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشترى الا اذا طالب المشترى البائع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه من ذلك وفسخ العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزا بمضى المدة ، أما المستاجر ٠ فانه لو أجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقى من المدة ، ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما ، حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشترى أن يأخذ المبيع ـ هذا فى ظاهر الرواية ٠

وروى الطحاوى عن أبى حنيفة ومحمد أن للمستاجر نقض البيع ، فاذا نقضه فانه لا يعود ٠

وروى عن أبى يوسف أنه قال : ليس للمستاجر نقض البيع ٠ والاجارة فيها كالعيب : فان كان المشترى عالما ـ وقت الشراء ـ بالاجارة ـ فليس له أن يطالب البائع بتسليم الدار الى أن يمضى وقت الاجارة ، وان لم يكن عالما ـ وقت الشراء ـ فهو بالخيار : ان شاء نقضه بالعيب ، وان شاء أمضاه » ٠

ويتلخص من هذا أن قول أبي يوسف في رواية عنه • وقول أبي حنيفة — فيما يرويه عنه محمد — يقرران أن المستأجر ليس له نقض البيع ، وأن للمشترى ، قبض العين بعد انقضاء الاجارة فيها •

وحينئذ يتضح أن المذهب الحنفى ليس متفقا على رأى واحد فى حكم بيع المالك العين المستأجرة فى أثناء مدة الاجارة •

فاذا كان لنا حق التحرير والتخريج — كان لنا أن نقول : ان بيع العين الموصى بمنفعتها يجرى فيه هذا الخلاف الذى جرى فى بيع العين المستأجرة كما نقول أن هناك من الاراء فى المذهب الحنفى ما يمكن أن يتفق — ولو فى الاساس مع ما ذهبت اليه المذاهب الفقهية الأخرى ، وما ذهبت اليه المادة ٦٠ من قانون الوصية •

٧ — طريق الانتفاع فى الوصية بالمنفعة

للانتفاع طريقان (١) : أحدهما : الاستغلال وذلك بأن يؤجر مالك المنفعة العين التى ملك منفعتها لغيره فى مقابلة أجرة — يأخذها منه لنفسه •

وثانيهما : أن يستوفى هو المنافع بنفسه •

فاذا أوصى شخص لآخر بمنفعة عين من الأعيان : من سكنى دار ، أو غلتها ، أو خدمة ، أو غلة أرض أو بستان ، أو غير ذلك — فهل يملك الموصى له الانتفاع بنفسه والاستغلال معا — أم يملك أحدهما دون الآخر ؟

وفى الاجابة عن ذلك نذكر أهم المذاهب الفقهية فيه ثم نقفى على اثرها — بما ذهب اليه القانون :

---

(١) المعاملات الشرعية المالية للعالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ص ١٣ •

أولا : المذهب الحنفي :

اذا أوصى لشخص بسكنى دار أو غلتها ـ فلذلك خمس حالات عندهم :

الأولى : أن ينص الموصي على أن للموصى له الانتفاع بنفسه « اى بأن يسكنها بنفسه » ، وان يستغلها • وفي هذه الحالة : للموصى له الانتفاع والاستغلال ـ تبعا لما نص عليه الموصي •

الثانية : أن ينص على الانتفاع بنفسه ، وينهى عن الاستغلال ، أو ينص على الاستغلال ، وينهى عن الانتفاع بنفسه ، وفي هذه أيضا يتقيد الموصى له بما قيده به الموصي ـ مراعاة لارادة من استفاد منه الملكية •

الثالثة : أن يملكه الانتفاع بنفسه : (سكنى الدار) ويسكت عن الاستغلال وفي هذه اتفق علماء الحنفيه على أن الموصى له يملك السكنى فقط دون الاستغلال ، فليس له أن يؤجر الدار ويأخذ أجرتها • واستدلوا على ذلك بدليلين : أحدهما : أن الموصى له يملك المنفعة بعد موت الوصي ـ بغير عوض ، فلا يملك تمليكها من غيره بعوض ـ كالمستعير ، فانه لا يملك الاجارة لأنها تمليك بعوض ـ فكذلك الوصية • وتحقيق هذا الدليل أن التمليك ببدل لازم ، وبغيره ليس لازما ، ولا يملك الأقوى بالأضعف ، ولا الأكثر بالاقل ، والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، وقد انقطع رجوع الموصي بموته لعدم امكانه • وهذا لا ينفي أن الوصية في وضعها غير لازمة • والدليل الآخر : هو أن المنفعة ليست بمال على أصل الحنفية • وفي تمليكها بالمال احداث لصفة المالية فيها ـ تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة ـ وهذه الولاية لا تثبت للموصى له لأنها انما تثبت لمن يملكها تبعا لملك الرقبة ، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها • أما اذا تملكها

مقصـــودة بغير عوض ثم ملكها بعـــوض كان مملكا أكثر مما تملكه ، وهذا لا يجوز لأنه لا يملك الأقوى بالأضعف(١) ٠

وفى كل من الدليلين ضعافة ووهن : فالدليـــل الأول مبنى على قياس الوصية بالمنفعة على الاعارة مع وجود الفارق بينهما : ففى الوصية حق الموصى له بالمنفعة خالص لا يشوبه حق لغيره ــ ما دامت الوصية قائمـــة ــ اذ أن الـــوصية تمت وصارت لازمة بقبول الموصى له وموت الموصى من غير رجوع عنها ٠ ولا كذلك الاعارة ، فان حق المعير فى استرداد عاريته ثابت لا ينقطع ٠ والدليل الثانى مبنى على أن المنافع ليست بمال ــ بناء على أصل الحنفية ــ ، وذلك موضع اختلاف بين العلماء ٠ وقد رجحنا ــ فيما ســبق ــ اعتبار كونها أموالا متقومة مضمونة كالأعيان ٠

الحالة الرابعة : أن ينص على الاستغلال ــ ولا يتعرض لذكر الانتفاع بنفسه ــ كما اذا أوصى له بغلة الدار ، وسكت عن السكنى ٠ ثم أراد الموصى له أن يسكن بنفسه ٠ وهـــذه الحالة لم يرو فيها شىء عن المتقدمين من علمـــاء الحنفية ٠ واختلف المتأخرون فيها على قولين : أحـــدهما قول أبى بكر الاسكاف ومن وافقه : أن له ذلك ٠ ورجح هذا القول العلامة الشرنبلالى فى رسالة له خلاصتها أنه لا خلاف فى أنه لا يملك الاستغلال مستحق السكنى ، واختلف فى عكسه ٠ والراجح الجواز (٢) ٠ وحجة هذا القول : أن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود ، ولأن غيره يسكن لأجله ، فاذا سكن بنفسه جاز أيضا ٠ وهذا واضح ٠

والقول الثانى : ليس للمـــوصى له بالغلة أن يســكن الدار ، وهو قول أبى القاســم وأبى بكر بن ســعيد ٠ وقد ذكروا أن هذا القول هو الأصح فى المذهب الحنفى ، وعليه

---

(١) العناية وشرح الهداية ج ٨ ص ٤٨١ و ٤٨٢ وحاشـــية الشلبى على الزيلعى ج ٦ ص ٢٠٣ ٠

(٢) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٥٨ ٠

الفتوى • وحجته ان الغلة دراهم ودنانير مثلا ، وقد وجبت الوصية بها ، والسكنى استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة : فانه لو ظهر دين على الموصى يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها (١) • وفى هذه الحجة تكلف ، فانهم بنوها على احتمال بعيد •

الحالة الخامسة : أن يطلق : فلا ينص على استغلال ، ولا على انتفاع بنفسه • وقد قالوا انه ينصرف للاستغلال بناء على القاعدة الأصولية المشهورة ، وهو أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل • والاستغلال أكمل من الانتفاع بنفسه لأنه أوسع نطاقا في التصرفات ــ فيكون فيها رأيان : أحدهما أنه يملك الاستغلال ، والانتفاع بنفسه • والآخر أنه يملك الاستغلال فقط (٢) • وفى بعض النصوص الفقهية : يكون له الاستغلال ــ لا السكنى •

ثانيا ــ المذهب الشافعى والحنبلى :

المنتفع ــ بسبب الوقف والوصية ــ فى هذين المذهبين ــ يملك المنفعة الا اذا نص على أن المنتفع له حق الانتفاع فقط ، أو دلت قرائن الأحوال على ذلك ــ كالانتفاع بالخانات والمصحات والمدارس الموقوفة ــ فان المنتفع فى مثل هذه الأشياء لا يملك الا حق الانتفاع •

أما فى غير ذلك فانه يملك المنفعة ، ومتى ملكها كان له حق الاستغلال وحق الانتفاع بنفسه ، سواء أكان الوقف أو الوصية للسكنى فقط أم للاستغلال ، أم لهما معا •

وبناء على ذلك رأى بعض أئمة الشريعة ، ومنهم الشافعى

---

(١) المصدر السابق ، والعناية وشرح الهداية ج ٨ ص ٤٨٦ •

(٢) كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد ابراهيم ص ١٤ • وراجع رد المحتار فى الوقف •

وأحمد بن حنبل (١) ان من ملك المنفعة بنفسه ملك الاستغلال أيضا ، ومن ملك الاستغلال ملك المنفعة : فان شاء استوفى الموصى له المنفعة بنفسه وان شاء أجر العين لغيره ، وأخذ الأجرة لنفسه (٢) .

وقد عرضت كتب الحنفية لقول الشافعي : ان الموصى له بسكنى الدار — يملك تأجيرها، وذكرت حجته ، وخلاصتها أنه بالوصية ملك المنفعة ، فيملك تمليكها لغيره ببدل ، وبغير بدل — لأنها كالأعيان عنده ، وفى العين يصح الاعتياض عنها سواء أكان تملكه ببدل أم بغير بدل — فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة اذا تملكها . ولا كذلك العارية لأنها اباحة على أصله ، وليست بتمليك (٣) .

وبالمقارنة والموازنة : ولما قلناه في الاعتراض على المذهب الحنفي — فى الحالتين الثالثة والرابعة — ولقوة دليل من خالف هذا المذهب — نرجح رأى الشافعية ومن وافقهم .

ثالثا : القانون :

جاء القانون ، فبنى ما قرره فى المادة — ٥٤ — على مذهب الشافعى فى جواز استيفاء بدل المنفعة اذا كانت الوصية بالسكنى ، وعلى قول أبى بكر الاسكاف — من فقهاء الحنفية — فى جواز استيفاء نفس المنفعة اذا كانت الوصية بالغلة . وعلى القاعدة المشهورة التى يعتمد عليها الحنفية وغيرهم ، وهى : « الضرر يزال » .

---

(١) وفى المذهب المالكى أن الوصية ان قامت القرائن فيها على أن الموصى يقصد بها تمليك المنفعة — ملك الموصى له الأمرين . والا ملك الانتفاع بنفسه فقط — راجع شرح قانون الوصية للاستاذ أبو زهرة ص ١٦٨ .

(٢) كتاب الملكية ونظرية العقد للعلامة الأستاذ أبو زهرة ص ٧٢ من الطبعة الأولى ، وكتاب المعاملات الشرعية المالية للعالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ص ٦٥ و ٢٧٣ م .

(٣) العناية وشرح الهداية جـ ٨ ص ٤٨١ ، وحاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ٢٠٣ .

وبناء على هذه الأسس ـ أجاز القانون للموصى له ـ بمقتضى المادة ٥٤ ـ الانتفاع بالموصى به على أى وجه ـ بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها وبذلك جاء القانون أكثر توسعة وتيسيرا له من المذهب الشافعى نفسه : فانه أطلق له وجوه الانتفاع ولو منعه الموصى من بعضها ، بشرط عدم الاضرار بالعين ، وهذا هو نص المادة المذكورة : « اذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به ـ جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه ـ بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها » ٠

وقالت المذكرة التفسيرية في تسويغ ذلك : ان المصلحة فى اعطاء مالك المنفعة حق توجيهها الى ما يراه من فائدته : فقد يضطر الموصى له بالسكنى الى الاقامة فى جهة أخرى أو يكون الموصى له بسكناه أكثر من حاجته ، وقد يكون الموصى له بالغلة فى حاجة الى سكنى الدار ٠ لهذا وضعت هذه الأحكام وروعى فيها ألا يترتب على تصرف الموصى له ضرر بالعين الموصى بها ـ كما اذا كانت دارا صالحة للسكنى ، فأجرها لمن يستعملها مصنعا ٠ وفى وضع آلات المصنع فيها ضرر لأن جدرانها لا تحتمل حركة آلات المصنع ٠ وهذا اجتهاد مقبول من اللجنة التى أعدت القانون ـ لأن له ما يسوغه من آراء فقهية ، وقواعد عامة شرعية ٠

٨ ـ بعض ما عرض له قانون الوصية

من أنواع الوصية بالمنافع

للوصية بالمنافع ـ عدا ما ذكر فى حكم الوصية ـ أنواع أخرى عرض لها القانون ٠٠ كالوصية بالاقراض وبالحقوق التى تنتقل بالارث ، وبالمرتبات ، وبقسمة التركة ، وغير ذلك ، وتجد أحكام ذلك مفصلة ـ فى كتب

الفقه ـ فى المذاهب المختلفة ـ وفى قانون الوصية ـ فى المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ٥٦ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٨ ٠ وسنذكر لك ـ بايجاز ، فيما يلى ـ بعض ما تيسر منها ـ مما يحتمله الوقت والمقام ٠

(أ) الوصية بالاقراض :

عرضت المادة ١٢ من قانون الوصية المصرى ـ لحكم الوصية بالاقراض فقضت بصحة الوصية باقراض الموصى له قدرا معلوما من مال الموصى ـ من غير ربا ـ وتنفذ الوصية ان كان ما سماه فى حدود الثلث ٠ أما اذا زاد القدر الموصى باقراضه على ثلث التركة فان اقراض الزائد يتوقف على اجازة الورثة : فان أجازوه نفذ ، وان لم يجيزوا كان قرضه بقدر الثلث فقط ، وهذا ما تقتضيه قواعد الحنفية فى تنفيذ الوصية (١) ٠

ولم تتعرض المادة المذكورة ، ولا المذكرة التفسيرية لأكثر مما بيناه ، ولكن مما ينبغى ملاحظته أن الوصية بالاقراض من قبيل الوصية بالمنافع وقد نص فقهاء المذهب الحنفى أن عارية الدراهم والدنانير قرض ، وحينئذ فشأن الوصية بالاقراض أن تقيد بأمد معلوم ، ومتى قيدت به روعى الأجل ولزم لأنه أمر لابد منه لتحقيق ارادة الموصى ٠ ولا كذلك الأجل فى القرض حال الحياة ، فانه لا يلزم عند الحنفية لأن العارية فى أصل وضعها عقد غير لازم، والقرض نوع منها ، وكثير من الفقهاء مع الحنفية فى عدم لزوم الأجل فى القروض وخالف فى ذلك المالكية ٠٠ اذ يقولون بلزوم الأجل فيه ٠٠ متى نص عليه ، أو جرت العادة العامة بأجل معروف ٠٠ كقرض قمح ، فانه يؤجل الأداء فيه عادة الى وقت الحصاد ٠

(ب) الوصية بالحقوق التى تنتقل بالارث

كذلك قضى القانون فى المادة ١١ بصحة الوصية بالحقوق

---

(١) المذكرة التفسيرية ـ المادة ١٢ ـ ٠

التى تنتقل بالارث ، وبالخلو ، ويؤخذ من المذكرة التفسيرية عند شرحها للمادتين ١٠ ، ١١ ما يأتى :

أولا : أن المراد بالحقوق التى تنتقل بالارث : حقوق الارتفاق ــ من الشرب والمجرى والمسيل والتعلى ونحوها . غير أن الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل لا تجوز ــ قانونا ــ الا تبعا للأرض الموصى بها أو لمالك ارض تنتفع بها (١) . وجواز الوصية بحقوق الارتفاق هذه يؤخذ من مذهب الحنفية ــ كما ورد بالمذكرة التفسيرية ، وذلك لأنه يجرى فيها الارث ، فتجرى فيها الوصية لأنها أخت الميراث ، وقد تستقى أحكامها منه ــ قال في الكنز وشرحه لمنلا مسكين فى مسائل الشرب : « ويورث الشرب (٢) ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ولا يوهب » ، كما ورد فى البدائع : «يوصى بالشرب ــ حتى لو أوصى لرجل بأن يسقى ارضه مدة معلومة من شربه ــ جازت الوصية من الثلث ــ لأن الوصية تمليك بعد الموت . ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال ، وانما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث ــ فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث، واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال ، بل حق مالى وشبه الخدمة . ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ، ولا تصير ميراثا ، فكذلك الوصية بالشرب (٣) » .

وانما أجاز الحنفية تملك حقوق الارتفاق ــ ارثا ووصية ــ لأن الارث ــ كما فى البدائع ــ غير موقوف على الملك لا محالة ، بل يثبت فى حق الملك ، كما يثبت فى الملك ــ كخيار العيب ، ولأن الملك بالارث يقع تبعا لا قصدا (٤) .

---

(١) لم يرد فى المادة ١١ هذا الشرط لجواز الوصية بحقوق الارتفاق ، وانما تعرضت له المذكرة التفسيرية .

(٢) الشرب بالكسر : هو النصيب من الماء لسقى المزارع والدواب ــ راجع النسفى .

(٣) راجع شرح قانون الوصية للاستاذ الجليل محمد ابو زهرة من ص ١٠٤ الى ص ١٠٨ طبعة سنة ١٩٥٠ .

(٤) أما التمليك بالبيع والهبة فانه يثبت بكل واحد منهما قصدا .

وأما جواز الوصية بها فلأنها تشبه الارث ــ كما ورد في عبارة البدائع السابقة ، فما جرى فيه الارث ــ تجرى فيه الوصية ــ لأنها أخته • ولكنهم لم يجيزوا بيع هذه الحقوق ولا هبتها ــ منفردة وقصدا ــ على الصحيح ــ لأن حق الشرب وما ماثله ليس بمال متقوم ، ولأنه مجهول الكمية ومجهول الحال ، وبيع المجهول لا يصح لما فيه من الغرر والظلم • ومن علماء الحنفية من رأى صحة بيعها منفردة وقصدا ــ اذ جرى التعامل والعرف بذلك ــ لأن العرف يجيز مخالفة القواعد الفقهية ، وله اعتبار في الشرع ــ ما لم يصادم نصا قطعيا •

أما اذا بيع الشرب ــ تبعا للأرض ــ فأن ذلك جائز بالاتفاق (١) •

ثانيا : أن المادة ١١ لم ترد بالحقوق التي تنتقل بالارث الوقوف بها عند الحدود المرسومة لها في المذهب الحنفي ــ بدليل أنها أدخلت فيها الوصية بحق المنفعة في العين المستأجرة ، بعد وفاة المستأجر ، فان ذلك انما يصح على المذهب الشافعي الذى لا يرى فسخ الاجارة بموت أحد المتعاقدين ، ويقضي بأن المنفعة تورث اذا مات المستأجر قبل انتهاء مدة الاجارة ، وبناء على ذلك تصح الوصية بها ، وهذا وان وافق مذهب الامام الشافعي ــ لا يوافق مذهب الحنفية لأن الاجارة تنفسخ عندهم بموت أحد المتعاقدين •

كذلك حق التعلي فان الوصية به جائزة على مذهب الامام مالك • ويلاحظ أن صحة الوصية بهذا الحق لم تنص عليه المادة المذكورة ــ صراحة ، وانما صرحت به المذكرة التفسيرية حينما بينت المراد من الحقوق التي تنتقل بالارث فذكرته مع حقوق الارتفاق الأخرى •

ثالثا : صحة الوصية بالخلو ــ بناء على رأى بعض

---

(١) راجع المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٥ طبعة سنة ١٩٣٦ •

المتأخرين من فقهاء المالكية (١) ، وقالت المذكرة التفسيرية « ان الخلو ـ عندهم ـ يشمل الحكر ، وهو منفعة مملوكة لصاحبه ـ يجوز له التصرف فيها بالبيع والهبة والوصية وتورث عنه » ٠

والخلو الذى ذكر بعض متأخرى علماء المالكية أحكامه ، واعتمد عليه القانون في المادة ١١ ـ معناه في ذلك المذهب : أن يكون الوقف محتاجا لعمارة أو نحوها ـ فيتقدم شخص بماله ينفقه في هذا السبيل ويصرفه على جهة الوقف في المصاريف الضرورية اللازمة لبقائه وعمارته ـ على أن يكون له حق البقاء دائما ٠

وقد ذكر ناصر الدين اللقاني ـ من علماء المالكية ـ الخلو ، وأفتى بصحته ـ بناء على العرف ـ واتى له بصور منها : أن يحتاج الوقف الى عمارة ، وليس له ريع يقوم بعمارته ، فيجيء شخص ، ويقدم لناظر الوقف من ماله ما يعمره به ـ فيكون بهذا المال الذى قدمه للوقف ـ صاحب خلو ، وله بهذا حق ثابت سواء أكانت العمارة المقامة بالمال منشأة بعد أن لم تكن ، أم اصلاحا لمتخرب ، أم كانت اقامة بناء مقام المتهدم ، أم كانت تكميلا لعين ناقصة ٠ وحقه الثابت في بقائه فيها بأجرة تسمي عندهم حكرا وان تركها واستأجرها غيره ـ كان له بهذه العمارة حق في أجرة العين الموقوفة يكافيء ما أنفق ٠ ومنها أن يكون العقار موقوفا على مسجد ، ويحتاج المسجد الى اقامة بنائه ، أو الى مصابيح أو الى أجرة لاقامة الشعائر فيه ـ فيتقدم من يقوم بذلك من ماله ـ على أن تكون له الأولوية في اجارة العين الموقوفة عليه ، ولا يثبت له سوى ذلك الحق (٢) ٠

وهذا هو نص المادة الحادية عشرة من القانون :

---

(١) المذكرة التفسيرية المادة ١١

(٢) شرح قانون الوصية للاستاذ الجليل محمد أبو زهرة ص ١٠٨ ، ١٠٩ ٠

« تصح الوصية بالخلو ، وبالحقوق التى تنتقل بالارث: ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر » ٠

(جـ) الوصية بقسمة التركة :

أجاز القانون فى مادته الثالثة عشرة للمورث أن يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فى التركة ، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له : فالوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ــ على حسب الميراث الشرعى ــ صحيحة ، وهى نافذة لازمة بوفاة الموصى ، من غير حاجة الى اجازة الورثة لها الا اذا زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة ، فان كانت كذلك ــ اعتبرت الزيادة وصية ، وطبق عليها ما ورد بالمادة ٣٧ ــ لأن القانون أجاز فى تلك المادة الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على اجازة الورثة ، وبناء على ذلك يجوز للمورث أن يزيد فى بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة ، فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد ــ قسم الثلث بين أصحاب الانصباء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم ، ورد الباقى الى التركة (١) ٠

وقد وضعت المادة المذكورة لتمكين المورث من تنظيم تركته ، وقسمتها بين ورثته على الوجه الذى يرى المصلحة فيه (٢) ، وليقضى على ما عسى أن يحدث بينهم من خلاف على التقسيم بعد وفاته ، وليختار للضعيف من ورثته مالا يشق عليه استثماره من التركة ٠

والمذكرة التفسيرية ــ حينما أرادت أن تجعل لحكم المادة

---

(١) المذكرة التفسيرية ــ المادة ١٣ ٠

(٢) المصدر السابق ٠

١٣ مرجعا فقهيا ــ قالت ان ذلك قول بعض فقهاء الشافعية والحنابلة (١) ٠

وبالرجوع الى كتب الشافعية ــ تجد فى المذهب الشافعي قولين : أحدهما : يقول ان هذه الوصية ــ اذا كانت بقدر حصة كل منهم ــ صحيحة لازمة ، فلا تفتقر الى اجازة الورثة ، والآخر يقول بصحتها مع افتقارها الى اجازتهم وهو الأصح فى المذهب ، وذلك لاختلاف الأغراض بالأعيان (٢) كذلك بالرجوع الى بعض كتب المذهب الحنبلى ــ تجد فيهما هذين القولين ، وان لم يصرح فيها بترجيح أحدهما على الآخر ــ فقد جاء فى المغنى ما يأتى : « وان وصى لكل وارث بمعين من ماله ــ بقدر نصيبه ــ كرجل خلف ابنا وبنتا ، وعبدا قيمته مائة ، وجارية قيمتها خمسون ــ فوصى لابنه بعبده ، ولابنته بأمته ــ احتمل أن تصح الوصية ــ لأن حق الوارث فى القدر لا فى العين ــ بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله ــ صح اذا كان ذلك بثمن المثل، وان تضمن فوات عين المال ٠ واحتمل أن تقف على الاجازة ــ لأن فى الأعيان غرضا صحيحا ، وكما لا يجوز ابطال حق الوارث فى قدر حقه ــ لا يجوز من عينه » (٣) ٠

وعندى أن علة توقف هذه الوصية على اجازة الورثة أقوى وأرجح ، ولذلك نميل الى ترجيح هذا القول ، وهو

---

(١) لم ار فيما اطلعت عليه من كتب المذهب الحنفى نصا صريحا فى هذا الشأن ، وقد يكون ذلك فى مصدر لم أطلع عليه ، وكل ما رأيته انما هو تعيين الموصى لأحد ورثته شيئا من التركة ــ نقل فى الجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٣ ما نصه : قال القهستانى : اعلم أن الناطفى ذكر عن بعض أشياخه أن المريض اذا عين لواحد من الورثة شيئا كالدار ــ على الا يكون له فى سائر التركة حق ــ يجوز ، وقيل هذا اذا رضى ذلك الوارث به بعد موته فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقى الورثة معه كما فى الجواهر ، قلت : وحكى القولين فى جامع الفصولين ، فقال : قيل جاز ، وبه أفتى بعضهم ، وقيل لا ٠ ا ﻫ ٠ ويلاحظ انهم أغفلوا ما عين للوارث : أهو قدر نصيبه أم لا ؟ كما أغفلوا اعتبار رضا الورثة أو عدم اعتباره ٠

(٢) راجع نهاية المحتاج على المنهاج جـ ٥ ص ٤١ ٠

(٣) المغنى طبعة المنار جـ ٦ ص ٤٢٠ ، ٤٢١ ٠

ما يوافق الرأى الأصح فى المذهب الشافعى ـ فقد يكون فى الزام الورثة بها ما يثير الشحناء ، والعداوة والبغضاء مما يفضى الى قطع صلات القربى بينهم ، ولا سيما اذا اقتصر فى التعيين على بعض الورثة . هذا الى آن الغرض الصحيح قد يتعلق بالعين ، كما يتعلق بالقدر .

وهذا هو نص المادة ١٣ :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث ، أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة ــ كانت الزيادة وصية » .

(د) الوصية ببيع عين من التركة ، أو تأجيرها :

كذلك تصح الوصية بتأجير عين معينة من التركة مدة معينة ، كل سنة أو شهر بكذا من الأجر ــ لشخص معلوم ، وتصح أيضا الوصية ببيعها للموصى له بثمن معين . وصحة هذا النوع من الوصية منصوص عليه فى المذهب الحنفى ، وغيره ـ كالمذهبين الشافعى والحنبلى، وهو فى فقه مالك(١) .

وقد قضت المادة ٥٦ من القانون ـ بصحة هذه الوصية، وطبقت عليها القواعد العامة التى تطبق على كل وصية ــ فقضت بأن الأجرة أو الثمن المسمى فى الوصية ان كان أجر المثل أو ثمن المثل ــ فان الوصية تنفذ ، وكذا اذا كان أقل من المثل بقدر يخرج من ثلث التركة ، أو يزيد على الثلث زيادة يسيرة ـ يتغابن فيها الناس عادة .

أما اذا كانت الزيادة على الثلث فاحشة ، وهى مالا يتغابن الناس فيها عادة ، ولم يجز الورثة هذا الزائد : فان دفعه الموصى له للورثة ــ نفذت الوصية له ، وان أبى الدفع لا يؤجر له ان كانت الوصية بالتأجير ، ولا يباع له

---

(١) شرح قانون الوصية للعالم الجليل أبو زهرة ص ١٤١ .

ان كانت الوصية بالبيع (١) • وقالت المذكرة التفسيرية : ان هذه الأحكام كلها من مذهب الحنفية •

وهذا نص المادة ٥٦ :

« اذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين، أو بتأجيرها له لمدة معينة وباجرة مسماة ، وكان الثمن او الأجرة اقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير ـ نفذت الوصية •

وان كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة ـ فلا تنفذ الوصية الا اذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة » •

تعدد الوصايا وتزاحمها

عرض علماء الفقه الاسلامى وأئمة المذاهب المختلفة، وأصحاب كل مذهب لبيان حكم تعدد الوصايا في الأحوال المختلفة •

وسنبين فيما يأتى ملخص هذه الآراء ، ثم نقفى على أثرها بحكم القانون :

أولا : المذهب الحنفي : يمكن تلخيص ما قاله علماء هذا المذهب ـ في أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يوصي الموصي لاثنين ـ مثلا ـ بوصيتين ، لا يتجاوز مجموعهما ثلث التركة ـ كما اذا أوصى لواحد بسدس ماله ، ولآخر بعشره • وفي هذه الحالة تنفذ الوصيتان مطلقا ـ لأن له الحق في أن يوصي بثلث ماله وان لم تجز الورثة • وحينئذ يأخذ كل منهما ما أوصى له به •

الثانية : أن يوصى لهما بوصيتين يتجاوز مجموعهما الثلث ولكنهما متساويتان كما اذا أوصى لأحدهما بالثلث ،

---

(١) المذكرة التفسيرية ـ المادة ٥٦ •

ولآخر بثلث ماله أيضا أو أوصى لكل منهما بربعه أو بنصفه ـ سواء أكان ذلك بعقد واحد أم بعقدين اذا لم يوجد ما يدل على رجوعه عن الأولى ، ثم مات الموصى • فان أجازت الورثة الوصيتين نفذتا • والا قسم الثلث بينهما نصفين ـ لأن ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة • وقد تساويا فى سبب الاستحقاق ، فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة ، فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما فيه • أما اذا وجد ما يدل على الرجوع ـ كما اذا قال : الثلث الذى أوصيت به لفلان ـ جعلته لفلان ـ كانت الوصية للثانى دون الأول • لأنه وجد ما يدل على الرجوع عن الأولى ، واللفظ يدل على قطع الشركة •

الثالثة : أن تتفاوت الوصيتان ، ومجموعهما يزيد على الثلث ، ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث ـ كما اذا أوصى لشخص بثلث ماله ، ولآخر بسدسه فعند الاجازة تنفذ الوصيتان كلتاهما • وعند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهما قسمة تناسبية ، فيأخذ كل منهما بقدر حقه ، أو حصته وعلى ذلك يجعل الثلث بينهما فى المثال السابق أثلاثا : لصاحب الثلث ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه ـ لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا ، وقد ضاق الثلث عن حقهما ، اذ لا مزيد للوصية على الثلث ـ عند عدم الاجازة ـ فيقتسمانه على قدر حقهما (١) وحكم هذه الحالة متفق عليه بين الامام وصاحبيه •

الحالة الرابعة : أن تتفاوت الوصيتان ـ مع تجاوز مجموعهما الثلث ، واحداهما أو كلتاهما أكثر من الثلث ـ كما اذا أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه ، أو أوصى لواحد بالنصف ، ولآخر بالثلثين ، أو لواحد بالنصف ولآخر بالثلث •

---

(١) وقياسا على مسائل الميراث تكون هذه المسألة من ٦ ، وترد الى ثلاثة : فيجعل الثلث ثلاثة أسهم : سهم لصاحب السدس ، وسهمان لصاحب الثلث وعلى هذا القياس •

في هذه الحالة ـ ان لم تجز الورثة الوصيتين ـ اختلف الإمام أبو حنيفة وصاحباه : فقال الامام يلغى الزائد على الثلث من كل وصية زادت عليه : فالموصى له بالكل أو بالنصف أو بالثلثين ـ يجعل كأنه أوصى له بالثلث فقط عند عدم الاجازة ، وحينئذ يقسم الثلث الذى تنفذ فيه الوصية بين الموصى لهما على حسب الحكم المذكور فى الحالتين الثانية والثالثة . ففى الأمثلة الثلاثة السابقة يقسم الثلث بينهما نصفين ، أما اذا أوصى لأحدهما بالنصف وللآخر بالسدس فانه يلغى الزائد على الثلث بالنسبة للموصى له الأول ويجعل كأنه أوصى له بالثلث فقط ، وحينئذ يقسم ثلث التركة بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس ـ كما فى الحالة الثالثة . ولذا ورد فى شرح الهداية أن أبا حنيفة لا يضرب (١) للموصى له بما زاد على الثلث ـ الا فى ثلاث مسائل ذكرها ـ فالموصى له بأكثر من الثلث ـ عند الامام ـ لا يضرب بأكثر من الثلث ـ أى لا يأخذ من القدر الذى تنفذ فيه الوصية ـ عند عدم الاجازة ـ أكثر من الموصى له بالثلث . وعلى هذا الرأى قول أبى ثور ، وابن المنذر .. على ما نقله صاحب المغنى .

وقال الصاحبان : يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر حصة كل منهما ولا يلغى الزائد على الثلث ـ كما قال الامام ـ : فاذا أوصى لأحدهما بجميع المال وللآخر بالثلث .. قسم الثلث بينهما أرباعا : سهم لصاحب الثلث ،

---

(١) فسر صاحب العناية على الهداية ـ لا يضرب ـ بمعنى لا يجعل ، وقال ان مفعول لا يضرب محذوف اى لا يضرب شيئا » ج ٨ ص ٤٤٢ » ، وقال العلامة ابن عابدين عند قولهم « لا يضرب الموصى له باكثر من الثلث عند ابى حنيفة : ضرب الكسور فى مصطلح الحساب على معنى اخذ ، فاذا قيل : اضرب ربعا فى ثلث ـ فمعناه خذ ربع الثلث وهو واحد من اثنى عشر ـ فالمعنى هنا : لا يضرب الموصى له باكثر من الثلث اى لا يؤخذ له من الثلث بحكم الوصية له ـ باكثر من الثلث ـ لأن الامام يرى بطلان التفضيل ، ففى صورة ما اذا اوصى لأحدهما بالكل وللآخر بالثلث لا تجعل سهام الوصية أربعة ، كما جعلها الصاحبان ، وانما يؤخذ للموصى له بالكل من الثلث ـ بحكم الوصية ـ بثلث فقط بأن يجعل كأنه أوصى لكل منهما بالثلث ، فيقسم بينهما نصفين ، وعلى هذا فالباء مثلة يضرب ولا حذف « رد المحتار ج ٥ ص ٤٤٢ » .

وثلاثة أسهم لصاحب الجميع ، ويضرب الموصى له بما زاد على الثلث عندهما ، فيأخذ ثلاثة أرباع الثلث ، والآخر يأخذ ربعه .

وحجة الامام أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير المشروع ـ عند عدم الاجازة من الورثة ـ اذ لا يتصور نفاذها بحال ـ فتبطل أصلا ، والباطل لا يعتبر . والتفضيل ثبت فى ضمن ما قصده الموصى من استحقاق الزائد على الثلث ، فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع، تبطل ببطلان البيع .

وحجة الصاحبين أن الموصى قصد شيئين : الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث ، وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض ، وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ، فيبقى التفضيل على حاله اذ لا مانع منه ، وهو مستقل عن الأول ، وليس داخلا ضمنه ، فيثبت ويعمل به .

وعلى الرغم من أن رأى الامام هو الصحيح المفتى به فى المذهب على ما نقله ابن عابدين ـ وقد كان هو المعمول به فى المحاكم الشرعية قبل صدور قانون الوصية الجديد ـ نرى ترجيح قول الصاحبين لقوة دليلهما : فان توزيع الثلث بالحصص يتفق مع ما قصده الموصى من التفضيل بين الموصى لهم ، وقد يكون هذا محققا للعدل فى نظره ، فتنبغى مراعاته .

وقد استثنى الامام أبو حنيفة من قاعدته المشهورة المذكورة ، وهى أن الموصى له لا يضرب بأكثر من الثلث ـ ثلاث صور ، أو ثلاث مسائل ـ وافق فيها الصاحبين لأن الموصى لم يصرح فيها بنسبة خاصة ، وانما جاءت الزيادة فيها على الثلث ـ من طريق المزاحمة وضيق التركة ـ وهى المحاباة ، والوصية بالدراهم المرسلة (١) ، والسعاية :

وصورة المحاباة أن يكون لرجل منزلان : قيمة أحدهما

---

(١) المرسلة ، أى المطلقة ، غير المقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما

ثلثمائة جنيه ، والآخر ستمائة جنيه — فأوصى بأن يباع الأول لشخص معلوم بمائة جنيه ، وبأن يباع الثانى لشخص آخر بمائتى جنيه ، ولا مال له غيرهما ، ولم تجز الورثة الوصيتين · فتركته حينئذ تسعمائة جنيه ويكون ثلثها ثلثمائة ، والأول موصى له بمائتين وهى أقل من الثلث ، والثانى موصى له بأربعمائة وهى أكثر من الثلث فأبو حنيفة — كالصاحبين — فى هذه الصورة يقسم الثلث بينهما وهو ٣٠٠ جنيه قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما ، فيقسم أثلاثا ثلثه للأول ، وثلثاه للثانى ، وحينئذ يباع المنزل الذى قيمته ٣٠٠ جنيه للأول بمائتين ، والمائة تعتبر وصية له ويباع المنزل الذى قيمته ٦٠٠ للثانى بأربعمائة ، والمائتان وصية له · ولو طبقنا على هذه الصورة قاعدة الامام المشهورة لقسم الثلث الذى هو ٣٠٠ قسمة أخرى متناسبة بين المائتين والثلثمائة التى هى ثلث ماله ، ولأخذ الأول منها خمسيها والثانى ثلاثة أخماسها ·

وصورة الوصية بالدراهم المرسلة أن يوصى لشخص بأربعمائة جنيه ولآخر بثمانمائة ، وقيمة تركته ألف ومائتا جنيه ، ولم تجز الورثة — فكأنه أوصى لواحد بالثلث ، ولآخر بالثلثين — فلو طبقنا قاعدة أبى حنيفة المذكورة على تلك الوصية لقسم الثلث — وهو أربعمائة — بينهما نصفين ولكنه وافق الصاحبين فى هذه الصورة أيضا ، ورأى قسمة الثلث بينهما قسمة تناسبية على قدر وصية كل منهما ، فقسم الثلث أثلاثا : ثلثه للأول ، وثلثاه للثانى ·

أما الصورة الثالثة وهى السعاية فقد آثرنا ترك توضيحها — لأنها من جهة غير واقعية (١) فى عصرنا الحاضر ، ومن جهة أخرى لا تخرج فى معناها عن معنى الصورتين السابقتين ·

وانما فرق أبو حنيفة بين هذه الصور ، وبين غيرها لأن الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا —

---

(١) لأنها متعلقة بالاعتاق فى مرض الموت ·

كالنصف والثلثين وغيرهما ـ والشرع أبطل الوصية فى الزائد على الثلث ـ لم يصح اللفظ فى مخرجه ـ ، فكان ذكره لغوا ، فلا يعتبر فى حق الأخذ من الثلث الذى ستنفذ فيه الوصية ، ولا يمكن تصحيح الزائد على الثلث ـ المصرح به فى لفظ الوصية بحال ـ لأن ماله لو كثر أو ظهر له مال أخر لدخلت فيه تلك الوصية ، ولا يخرج من الثلث . ولا كذلك اذا لم تكن الوصية مقدرة بأى شىء من المال ـ كما فى الصور المذكورة ـ فان الوصية فى مخرجها صحيحة ، وليس فى العبارة ما يكون مبطلا لها ، وانما جاءت الزيادة على الثلث فيها من أمر خارج عن الوصية ، وهو قلة التركة وضيقها وعدم وفاء ثلثها بالوصيتين ، فهى ليست باطلة بالكلية .

ولهذا اعتبرت الزيادة فى حق الأخذ من الثلث ، وكان لكل منهما أن يأخذ منه بقدر حقه لكونه مشروعا ـ يدلك على هذا أن ثلث التركة ان كان يفى بالوصيتين فان كلا منهما يأخذ حقه ، حتى لو ظهر له مال بعد قسمتهما الثلث على هذه النسبة ـ أخذ كل ما أوصى له به ان كانت الوصيتان تخرجان من ثلث جميع المال . وهذا بخلاف (أ) ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث ، وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث ـ لأن الحق هنا تعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت واستفاد مالا آخر ـ تبطل الوصية ـ بخلاف الدراهم المرسلة فانها لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم تكن متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة

هذا كله اذا لم تجز الورثة . فاذا أجازوا نفذت الوصيتان جميعا أن كان مجموعهما لا يتجاوز التركة ـ اتفاقا ـ فان لم تسعهما التركة كما اذا أوصى لأحدهما بجميع ماله . وللآخر بثلث ماله ـ قسمت التركة بينهما بطريق العول

(١) راجع شرح الهداية (فى باب الوصية بالثلث) .

على قول الصاحبين ـ كما فى الميراث ـ وقد اجتمعت هنا وصية بالكل ، ووصية بالثلث ، فيكون أصل المسألة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث : فالموصى له بالجميع يدعى كل المال وهو ثلاثة أسهم ، والموصى له بالثلث يدعى ثلثه سهما ـ فتعول الى أربعة ، ويكون للموصى له بالكل ثلاثة أرباع التركة ، وللموصى له بالثلث ربعها .

أما الامام أبو حنيفة فانه لم يرو عنه نص صريح فى ذلك ، واختلفوا فى قياس قوله عند اجازة الورثة : فقال أبو يوسف : قياس قوله : أن يقسم المال بينهما أسداسا ـ بطريق المنازعة ـ خمسة أسداسه للموصى له بالجميع ، والسدس لصاحب الثلث . ووجهه أن الثلثين للأول بلا نزاع ، وقد انحصر النزاع فى الثلث الباقى فينصف ، ويكون لصاحب الثلث السدس ، ولصاحب الجميع خمسة أسداسه .

وقال الحسن بن زياد : ان هذا تخريج قبيح لاستواء سهم الموصى له بالثلث فى حال الاجازة وعدمها وهو السدس . فالصحيح أن يربع المال بطريق المنازعة فيكون ربعه للموصى له بالثلث ، وثلاثة أرباعه للموصى له بالجميع .

ووجهه أن يقسم الثلث أولا بينهما نصفين لأن اجازة الورثة فى قدر الثلث ساقطة الاعتبار لتنفيذ الوصية فيه من غير حاجة الى اجازتهم . وأصل المسألة من ٣ لحاجتنا الى الثلث ، ثم الثلث وهو سهم واحد بقسمته بينهما نصفين ينكسر بالنصف ، فيضرب مخرج النصف وهو ٢ فى أصل المسألة « ثلاثة » فيصير الأصل من ستة ، وثلثها سهمان . لكل واحد سهم : فيبقى أربعة أسهم يدعيها كلها الموصى له بالجميع ، والموصى له بالثلث يدعى منها سهما واحدا ليصير مع السهم المأخوذ ثلث جميع المال وبهذا يسلم للموصى له بالكل أربعة أسهم ، وقد استوت منازعتهما فى السهم الباقى

فيتنصف، فيحصل للموصى له بالثلث سهم ونصف، وللموصى له بالكل أربعة أسهم ونصف ، ويضرب مخرج النصف اثنين فى أصل المسألة ستة ــ يصير أصل المسألة الجديد اثنى عشر، ويصير حق كل واحد منهما ضعف ما كان له • على التقسيم السابق وبهذا يحصــل للموصى له بالثلث ثلاثة أســهم من اثنى عشر وهى ربع جميع المال ، وللموصى له بالكل تسعة أسهم وهى ثلاثة أرباعه • أو يقال : اذا صــار المال اثنى عشر ــ يقسم الثلث أولا بينهما نصفين لكل واحد سهمان ، فيبقى الثلثان ثمانية أسهم يدعيها صاحب الجميع، وصاحب الثلث لا يدعى منها الا سهمين ــ ليتم له الثلث، فلا منازعة له فيما وراء السهمين ، وذلك ستة تعطى للموصى له بالكل بلا منازعة ويبقى سهمان استوت منــازعتهما فيهما فيقسم بينهما نصفين ، لكل واحد سهم ، وبذلك يحصل للموصى له بالجميع تسعة أسهم من اثنى عشر وهى ثلاثة أرباع التركة، وللموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثنى عشر ، وهى ربعها ، فأفادت الاجازة فى حق صاحب الثلث ــ على ما رآه الحسن بن زياد ــ اذ أنه يأخذ ربع التركة فى حين أنه يأخذ ســدسها عند عدم الاجازة •

وعلى هذا يكون قول الامام ــ فى المسألة السابقة (١) كقول الصاحبين فى قسمة المــال أرباعا ، لــكن التخــريج مختلف ; فعنده بطريق المنازعة ، وعندهما بطريق العول ــ على ما سبق بيانه (٢) ولا شــك أن رأى الصــاحبين أولى بالترجيح والقبول لوضوحه ، وسهولة تطبيقه •

ثانيا : تعدد الوصايا فى المذاهب الأخرى :

نقل صاحب بداية المجتهد (٣) ونهاية المقتصد : اتفاق

---

(١) وهى الوصية لأحدهما بكل المال ، وللآخر بثلثه •

(٢) راجع فى مبحث تعدد الوصايا ، العناية مع شرح الهداية جـ ٨ ص ٤٤١ ، ٤٤٢ وتبيين الحقـائق وحاشية الشلبى عليه جـ ٦ ــ ص ١٨٧ و ١٨٨ ، ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، وشرح الأحوال الشخصية للعلامة الشــيخ زيد الجزء الثانى « مبحث استحقاق الموصى لهم » •

(٣) جـ ٢ ص ٢٩١ طبعة سنة ١٣٣٩ هـ •

مالك وأصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية ـ أنها تتحاص في الثلث ، واذا كان بعضها أهم من بعض ، قدم الأهم ، واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ·

واذا أوصى شخص لاثنين : لأحدهما بنصف ماله ، وللآخر بثلث ماله ، ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا (١) · فقولهما في ذلك كقول الصاحبين ، ويكون تقسيم الثلث بينهما بقدر حصة كل منهما ، ولا يلغى الزائد على الثلث بالنسبة للموصى له الأول ، وهذا بخلاف رأى أبى حنيفة الذى سبق ذكره فانه يرى في المثال السابق أن يقسم الثلث بينهما بالسوية ، وقد تقدم بيان حجة كل من الفريقين مع الموازنة بينهما ·

والمشهور في مذهب مالك ـ على حسب ما ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ـ أنه في المثال السابق تبطل الوصية فيما زاد على الثلث ولو أجازها الورثة ؛ ولكن عند الاجازة يعتبر الزائد على الثلث عطاء جديدا من الورثة لا تنفيذا لوصية الميت على المشهور ، فيشترط فيه أن يكون الوارث المجيز أهلا للتبرع ، ولابد فيه من القبول · وعلى هذا فللمجيز وهو الوارث أن يميز أحدهما بما يشاء مما زاد على الثلث (٢) ·

وفي مذهب الحنابلة : ما يوافق رأى الصاحبين : ففي مذهبهم : اذا أوصى بجميع ماله لشخص ، وأوصى بنصفه لشخص آخر ـ فان أجاز الورثة ذلك ـ قسم المال بينهما أثلاثا : يأخذ الموصى له بالنصف ثلثه ، والباقى يأخذه الموصى له بالكل ·

وان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على هذه النسبة أيضا (٣) · ونقل صاحب المغنى أن التقسيم بنسبة السهام

---

(١) المصدر السابق ·

(٢) الجزء الثالث من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٨٤ ·

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٤٨٥ وانظر أيضا كتاب المغنى جـ ٦ ص ٤٦٥ وما بعدها ·

هو قول الجمهور : منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وأبو يوسف ومحمد .

ثالثا : تزاحم الوصايا في القانون :

عدلت المادة ٨٠ من قانون الوصية عن رأى الامام أبي حنيفة : في قسمة الوصية إذا ضاق الثلث عن سهام الموصى لهم ولم يجز الورثة الوصية ، أو أجازوها وضاقت التركة عن سهامها وذلك لصعوبة مذهبه في طريقة القسمة ـ التى شرحناها فيما سبق ـ وأخذت برأى الصاحبين ، ومن وافقهما في هذا الرأى لما فيه من السهولة والوضوح ، وتحقيق ارادة الموصي ـ فقضت المادة المذكورة بأنه اذا زادت الوصايا على ثلث التركة أجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا ، أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها ـ فان التركة أو ثلثها يقسم ـ على حسب الأحوال ـ بين الوصايا بالمحاصة . ثم قررت أن الوصية اذا كانت بعين من أعيان التركة ، وكانت قيمتها أكثر من الثلث ، أو زادت الوصايا على الثلث ولم يجز الورثة الزائد ، أو أجازوا الوصايا ولم تف بها التركة ـ فان الموصي له بالعين يأخذ ـ في جميع الأحوال ـ حصته منها ، وهو مذهب الحنفية (١) .

وقد وضحت المذكرة التفسيرية المادة المذكورة بثلاثة أمثلة ، والتقسيم فيها جار على مذهب الامام أبي حنيفة وصاحبيه فيما اتفقوا عليه ، وعلى رأى الصاحبين فقط فيما اختلفا فيه مع الامام !

المثال الأول : اذا أوصى لابراهيم بثلث التركة ، ولأحمد بربعها ولم يجز الورثة : قسم الثلث بينهما بنسبة سهامهما في الوصية . وأصل المسألة هنا من اثنى عشر : ثلثها أربعة، وربعها ثلاثة ، فيكون الثلث بينهما على سبعة سهام .

الثاني : أن يوصى بكل التركة لأحدهما ، وللآخر بثلثها ، وأجاز الورثة ـ في هذه الحالة تقسم التركة بطريق

---

(١) المادة ٨٠ والمذكرة التفسيرية .

العول : فأصل المسألة من ثلاثة وتعول الى أربعة : للموصى له بالكل ثلاثة ، وللموصى له بالثلث واحد ، وتقسم التركة بينهما بنسبة سهامهما ، وان لم يجز الورثة كان الثلث بينهما على هذه النسبة أيضا .

المثال الثالث : اذا أوصى لرجل بألف ولآخر بخمسمائة ، وقيمة تركته ألف وثمانمائة ، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث ـ كان الثلث بينهما بنسبة حقهما فى الوصية ، فتقسم الستمائة وهى ثلث التركة بينهما بنسبة واحد الى اثنين : لصاحب الألف أربعمائة ، وللثانى مائتان .

وفى هذا القدر كفاية من حيث المقارنة بين مختلف المذاهب والآراء فى أهم مباحث الوصية ، ومعظم مسائلها ، ويصح بعد ذلك ـ لمن أراد ـ قياس ما لم نذكره ـ وهو قليل ـ على ما ذكرناه ، والله أعلم بالصواب وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب .

★★★

مراجع الوصية

١ ـ رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ـ الطبعة الميمنية سنة ١٣١٨ هـ « الجزء الخامس ـ كتاب الوصايا » .

٢ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام الزيلعى جـ ١ « كتاب الوصايا ثم جـ ٥ (الاجارة ـ الغصب) الطبعة الأميرية سنة ١٣١٥ هـ » .

٣ ـ حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٦ (الوصية) و جـ ٥ (الاجارة) .

٤ ـ العناية وتكملة فتح القدير على شرح الهداية جـ ٨ (كتاب الوصايا) « الطبعة الأميرية سنة ١٣١٨ هـ » .

٥ ـ شرح قانون الوصية للعلامة الأستاذ محمد أبو زهرة « الطبعة الثانية » .

٦ ـ المغنى لابن قدامة جـ ٦ .

٧ ـ شرح الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ محمد زيد الأبيانى جـ ٢ (مبحث الوصية) .

٨ ـ الجزء الأول من كتاب أحكام الأحوال الشخصية للعالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم طبعة سنة ١٩٢٥م (مبحث ثبوت النسب) .

٩ ـ كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد ابراهيم طبعة سنة ١٩٣٦م «مباحث : أنواع الملك ـ الاجارة ـ الغصب ـ الوصية » .

١٠ ـ الملكية نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للعلامة الأستاذ أبو زهرة طبعة سنة ١٩٣٩ م .

١١ـ التشريع الاسلامى للمؤلف طبعة سنة ١٩٣٦ « مبحث الوصية » ٠

١٢ـ الفقه على المذاهب الأربعة للعلامة الشيخ عبد الرحمن الجزيرى ـ الجزء الثالث طبعة سنة ١٩٥٢ : « مباحث الوصية » ٠

١٣ـ قانون الوصية المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، ومذكرته التفسيرية ٠

١٤ـ الجزء الخامس من فتح البارى بشرح صحيح البخارى « المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٨ هـ » « أحاديث الوصية » ٠

١٥ـ الجزء السادس من نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكانى (طبعة الحلبى) (أحاديث الوصية) ٠

١٦ـ أحكام القرآن لأبى بكر الرازى المعروف بالجصاص (آيات الوصية) ٠

١٧ـ أحكام القرآن لابن عربى (آيات الوصية) ٠

١٨ ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٢ ، جـ ٥ (طبعة دار الكتب المصرية) ٠

١٩ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ٢ طبعة الحلبى « مبحث الوصية » ٠

٢٠ـ آيات الوصية فى القرآن الكريم ٠

٢١ـ تفسير العلامة أبى السعود : « فى آيات الوصية » ٠

٢٢ـ التفسير الكبير للفخر الرازى : « فى آيات الوصية » ٠

٢٣ـ كتاب ابن حزم للباحث المحقق الأستاذ محمد أبو زهرة

٢٤ـ الجزء الثانى من فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب « باب الوصايا » ٠

بحوث فقهية أخرى خاصة ببعض

أحكام المواريث

نذكر لك فيما يأتي ـ بعض أحكام الميراث ، ومسائله التى اختلف فيها علماء الفقه وأئمته ـ مما يصلح للدراسة المقارنة :

ميراث الأم وبيان المواطن الخلافية فى حالات ارثها

١ ـ مذهب الجمهور من الأئمة والفقهاء ، فى عصر الصحابة ، وما تلاه من عصور ـ أن للأم فى ميراثها ثلاث حالات :

الأولى : استحقاق سدس المال كله ، اذا كان معها ولد ، أو ولد ابن ، وان سفل ، أو كان معها جمع من الاخوة أو الأخوات ، وانما استحقت السدس مع الفرع الوارث مطلقا ـ لقول الله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس ـ مما ترك ان كان له ولد » . ولفظ الولد يتناول الذكر والانثى ، اذ لا قرينة تخصصه بأحدهما ، وتناول الولد ولد الابن وان سفل : اما لأن لفظه يتناول ولد الابن أيضا ، واما للاجماع على أنه يقوم مقام ولد الصلب فى توريث الأم ، فولد الابن ولد شرعا بالاجماع ـ قال الله تعالى : « يا بنى آدم » ، وكذلك عرفا .

قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الأجانب

وليس دخـول ولد الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز ، بل هو من باب عمـوم المجـاز ، أو يقال : عرف أن حكم ولد الابن كحـكم الولد بدليـل آخـر ، وهـو الاجماع .

واستحقت الأم السدس أيضـا اذا كان معهـا جمع من الاخوة ، أو الأخوات لقول الله ــ جل شـأنه ــ « فان كان له اخوة فلأمه السدس »، والمراد من الجمع وجود اثنين فصاعدا منهم ، من أى جهة كان الاخوة والأخوات ــ أى سـواء اكانوا لأبـوين أم لأب ، أم لأم ، أم كانـوا مختلطين ــ لان حـكم الاثنين فى الميراث حكم الجماعة ــ فمتى وجد اثنان أو أكثر من هؤلاء حجبت الأم من الثلث الى السدس .

الثانية : استحقاقها ثلث التركة كلها ــ وهذا اذا لـم يكن للميت فرع وارث ، لا مذكـر ولا مؤنث ، ولـم يوجـد اثنان او أكثر من الاخوة والأخوات ، ولم يكن مع الأبوين أحد الزوجين ، وذلك لقول الله ــ عز وجل ــ « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فان كان له اخـوة فلأمه السدس » .

الثالثة : اسـتحقاقها ثلث ما بقي بعـد فرض أحـد الزوجين ، وذلك فى صورتين :

احـداهما : اذا تـوفيت امـرأة عن زوج وام وأب .
والأخرى : اذا توفى رجـل عن زوجه فاكثر ، وأم وأب .
ففى الأولى تأخذ الأم ثلث الباقى بعـد نصيب الزوج ، أى ثلث النصف ، وهو سدس التركة كلها ، والأب يأخذ الباقى ــ تعصيبا ــ وهو الثلث ، فالمسألة من سـتة : للزوج ثلاثة أسهم ، وللأم ثلث الباقى سهم واحد ، وللأب البـاقى وهـو سهمان . وفى الصورة الثانية تأخذ الأم ثلث الباقى بعـد فرض الزوجة ، وهـو ربع التركة كلهـا ، وللأب الباقى ــ تعصيبا ــ وهو النصف ، فيكون أصل المسألة من أربعـة : للزوجة سهم ، وللأم ثلث الباقى ، سهم كذلك ، والبـاقى للأب ، وهو سهمان ، وبأخذ الأم ثلث الباقى بعد فرض أحد

الزوجين ـ في الصورتين ـ يتضح أنها أخذت نصف نصيب الأب ، وأنه أخذ ضعفها ، ولكنها ـ مع ذلك ـ تأخذ ما أخذته بالفرض لا بالتعصيب بالأب ـ خلافاً لما أورده الصيدلاني في شرح المختصر من القول بأن ما تأخذه الأم ـ في هاتين ـ بالتعصيب بالأب (١) .

وهاتان الصورتان ، أو المسألتان تسميان بالغراوين ـ لشهرتهما ـ وكل واحدة منهما تسمى الغراوية لشهرتها كالكوكب الأغر ، كما تسميان العمريتين ـ لقضاء عمر ـ رضي الله عنه ـ فيهما بما سبق ذكره .

والى أحوال الأم التي أسلفنا ذكرها أشارت منظومة الرحبية في الفرائض بقولها :

والثلث فرض الأم حيث لا ولد
ولا من الاخوة جمع ذو عدد
كاثنين أو ثنتين أو ثلاث
حكم الذكور فيه كالاناث

ثم قالت :

وان يكن زوج وأم وأب ، فثلث الباقي لها مرتب
وهكذا مع زوجة فصاعدا فلا تكن عن العلوم قاعدا

هذا ما عليه جمهور الأئمة والفقهاء وهو الذي عليه العمل في المحاكم قبل صدور قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وبعد صدوره ، وقد جاء صدر المادة ١٤ من هذا القانون وفق ذلك ، ونصه :

---

(١) هذا ما نقله صاحب فتح القريب بشرح كتاب الترتيب في الفرائض . وورد في شرح السراجية للسجاوندي ما يفهم منه أن هذا التوريث بالتعصيب : فقد علل لأخذ الأم ثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد بقوله : ولأن للأم حقيقة الولاد كما الأب ، فيعصبها ، والجد له حكم الولاد لا حقيقته ـ فلا يعصبها اذ لا تعصيب مع الاختلاف في السبب » ، والظاهر من هذا الاختلاف أن في ارث الأم ثلث الباقي في الصورتين ـ وجهتي نظر مختلفتين ، وان كان الراجح الذي يعول عليه أن ارثها فيهما ـ بالفرض لا بالتعصيب كما هو شأن ارثها في غيرهما ـ اتباعا لما تقضي به النصوص . وسيرد عليك بعد ما ذكره شارح السراجية .

« للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الإبن وان نزل أو مع اثنين أو أكثر من الاخوة والأخوات . ولها الثلث في غير هذه الأحوال ، غير أنها اذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج » .

٢ ـ ولكن ـ اتماما للبحث ـ نذكر مواطن الاتفاق ثم مواطن الاختلاف مما جرى متصلا بأحوال ارثها :

لقد اتفق الأئمة والفقهاء على أن الأم تأخذ سدس المال كله اذا كان معها فرع وارث ، وكذا اذا كان معها جمع لا يقل عن ثلاثة من الاخوة والأخوات وقيد بعضهم على ما يأتى بيانه ، الاخوة والأخوات بأن يكونوا لأبوين أو لأب، كذلك اتفقوا على أنها تأخذ ثلث المال كله اذا لم يكن للميت ورثة سوى الأبوين فقط وعلى تسوية الأم بالأب اذا كان معهما فرع وارث مذكر اذ يستحق كل منهما السدس فقط .

ومن الواضح أن سبب اتفاقهم على هذه المسائل الأربع ـ راجع الى النصوص البينة المفسرة التي تدل على ذلك ، والتي لا تحتمل تأويلا آخر غير ما تدل عليه من تلك الأحكام . « تراجع آيات المواريث وأحاديثها » .

أما مواطن الاختلاف المشهورة ، فهي أربعة أيضا نبينها فيما يلى :

الأول : أى صنف من الأخوة يحجب الأم حجب نقصان ؟

قدمنا ـ أن جمهور الفقهاء والأئمة يرون حجب الأم حجب نقصان من الثلث الى السدس عند وجود جمع من الأخوة أو الأخوات ، من أى جهة كانوا . ولم يخالف في ذلك الا الزيدية ، فقد ذهبوا الى أن الاخوة للأم لا يحجبونها بخلاف غيرهم (١) .

---

(١) وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه ، وعن الحسن البصرى رحمه الله أن الأم لا تحجب بالاناث من الأخوات اذا كن وحدهن بلا ذكور ـ فلا يحجبها عن الثلث الا الأخوة الذكور أو الذكور مع الاناث ـ لظاهر قوله (اخوة) وهو جمع ذكور . ولكن الجمهور على خلاف ذلك لأن المراد جنس الأخوة ، وهو من باب التغليب (راجع فتح القريب) .

وحجتهم فى ذلك أن الحجب ، لوجود جمع من الاخوة ، ثبت بقـولـه تعالى : « فان كان له اخـوة فلأمه السدس » ، والحجب ، لهذا السبب ليس أمرا تعبديا ، وانما هو معقول المعنى ، وبيانه انه اذا كان هناك أخوة لأب وأم أو لأب ، فقد كثر عيال الأب ، فيحتاج الى زيادة مال للانفاق ، وهذا المعنى غير متحقق فى الاخوة لأم ، اذ ليست نفقتهم على الأب ، وقد رأيت أن جمهور العلماء لا يفرقون بين الاخوة الأشقاء أو لأب ، وبين الاخـوة لأم ، وحجتهم أقوى ، ورأيهـم الجـدير بالقبـول والترجيح لأن اسم الاخـوة حقيقة فى الاصناف الثلاثة ولفظه يطلق على الـكل ،والحـكم ثبت بنص الآية المذكورة ، والرد على حجة الزيدية واضح ، وهو أن الاخوة يحجبون الأم بعد موت الأب ، ولا نفقة عليه بعد موته ، كما أنهم يحجبونها كبارا قادرين على الكسب أو أغنياء ، وليس عليه نفقتهم فى هذه الحال .

الثانى : ما العـدد الذى يتحقق به معنى الجمـع فى الاخوة ؟

مذهب أكثر الصحابة ، وجمهور الفقهاء أن الاثنين من الاخـوة والأخـوات يكفيـان فى حجب الأم من الثلث الى السدس ، فالجمع وهو لفظ الاخوة فى قوله جل شأنه « فان كان له أخوة فلأمه السدس » يتحقق باثنين منهم فصاعدا .

وروى عن ابن عبـاس ، رضى الله عنهما ، أن ام الأم لا تحجب من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم ، دون الاثنين، فان لها معهما الثلث ، فالجمع من الاخوة والأخوات لا يتحقق عنده الا بثلاثة على الأقل ، وحجته أن الاخوة وردت بصيغة الجمع فى الآية وأقله ثلاثة فلا يتناول المثنى .

الأولى : أن حكم الاثنين فى الميراث حـكم الجمـاعة ــ ألا ترى أن البنتين كالبنات والأختين كالأخوات فى استحقاق الثلثين ــ فكذا فى الحجب .

الثانية : أن معنى الجمع المطلق مشترك بين الاثنين وما فوقهما · وهذا المقام يناسب الدلالة على الجمع المطلق ـ الذى دل لفظ الاخوة عليه ·

الثالثة : أن الجمع قد يطلق على المثنى ، وهو كثير شائع في كلام العرب ، وقد ورد في القرآن الكريم ، ومنه قوله تعالى : « وهل أتاك نبأ الخصم ، اذ تسوروا المحراب ، اذ دخلوا على داود ، ففزع منهم ، قالوا لا تخف : خصمان بغى بعضنا على بعض » ففى هذه الآية أعيد ضمير الجمع فى تسوروا ، ودخلوا ، وفى منهم ، وقالوا ـ على اثنين ، وهما الملكان اللذان دخلا على داود عليه السلام فى صورة متحاكمين ـ ألا ترى الى قوله : « خصمان » ، ومثل هذا كثير فى لغة العرب ·

ولقوة أدلة الجمهور كان رأيهم هو الراجح المعتمد الذى يعول عليه ·

الثالث : من الذى يستحق السدس ان حجب الاخوة بالأب ؟

ذكرنا ـ فيما سبق ـ أن الجمع من الاخوة والأخوات ينقصون الأم من الثلث الى السدس ، فاذا كان معهم أب حجبهم ـ فمن الذى يئول اليه السدس الذى نقص من الام بسبب وجود الاخوة ؟ ·

قال جمهور الصحابة والفقهاء : ان الاخوة والأخوات الذين يحجبون الأم من الثلث الى السدس لا يستحقون شيئا بوجوب الأب ، وحينئذ فالأب يأخذ الباقى كله بعد سدس الأم · وروى عن ابن عباس قولان : أحدهما القول المشهور عنه وهو أن السدس الذى حجبت عنه الأم يكون للاخوة ـ لأنهم انما حجبوها عنه ليأخذوه ، وليس من المعقول أن تنقص هى ، ويزيد هو بوجودهم ، وغير الوارث لا يحجب ـ كما اذا كان الاخوة أرقاء أو مخالفين للميت فى الدين · واستدل

أيضا — لابن عباس — بما رواه طاوس مرسلا — من أنه عليه الصلاة والسلام — أعطى الاخوة السدس مع الأبوين (١) •

والقول الآخر المروى عنه — مثل قول الجمهور اذا كان الاخوة أشقاء أو لأب ، أما اذا كانوا اخوة لأم — فانهم يأخذون ما حجبوا عنه الأم ، لأن الأب لا صلة له تربطه بهؤلاء الاخوة ، فلا يصح أن يستفيد من وجودهم (٢) •

ورأى الجمهور أقوى وأرجح للأسباب الآتية :

(أ) ما يفيده قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فان كان له أخوة فلأمه السدس » • فان المراد من صدر الكلام — أن لأمه الثلث والباقى للأب — فكذا الحال فى آخره ، كأنه قيل : فان كان له اخوة ، وورثه ابواه فلأمه السدس ، ولأبيه الباقى •

(ب) ما قيل ان غير الوارث لا يحجب — انما ينطبق على من لا يرث أصلا لقيام مانع من موانع الارث : من رق أو اختلاف دين اذ يعتبر غير موجود أما الاخوة والأخوات — فهم وارثون فى حق الأم ، وان حجبوا بالاب فى صورة النزاع • والشرط فى الحاجب أن يكون وارثا فى حق من يحجبه ، وهذا الشرط يتحقق فى حالة وجود الاخوة مع الأبوين •

(جـ) روى عن طاوس أنه قال : لقيت ابن رجل من الاخوة الذين أعطاهم رسول الله — صلى الله عليه وسلم — السدس مع الأبوين ، وسألته عن ذلك فقال : كان ذلك وصية • وهذه الرواية تعتبر حجة أخرى لمذهب الجمهور — اذ لا وصية لوارث •

(د) ما استظهره السجاوندى — فى شرحه على السراجية فى فرائض الحنفية — من عدم صحة ما روى عن ابن عباس فى قوله المشهور عنه — لأنه يوافق الصديق فى حجب الجد للأخوة — فكيف يقول بارثهم مع الأب ؟

---

(١) المصدر السابق •

(٢) كتاب احكام التركات والمواريث للعالم الجليل الأستاذ ابو زهرة « هامش ص ١٥٧ » طبعة ١٩٤٩ •

الرابع : الغراوان أو العمريتان

أشرنا ــ فيما ذكرناه من أحــوال الأم ــ الى أن هنــاك صورتين أو مسألتين (١) تلقبان بالغراوين ، أو العمريتين :

الأولى : اذا توفيت امرأة عن زوج ، وأم وأب ٠

والثانية : اذا توفي رجل عن زوجة فاكثر ، وأم وأب٠

وليس حــكم هاتين الصورتين متفقا عليــه ، بل فيهما ثلاثة مذاهب (٢) :

الأول : ما سبق ذكره في الحالة الثالثة من أحوال الأم ــ وهــو أن لهــا ثلث الباقي في الصــورتين من فرض أحد الزوجين ، وهو الذى قضى به سيدنا عمر رضى الله عنــه ــ ووافقه ابن مســعود وزيد بن ثابت ، وعثمان في رواية ، وعلى في المشهور عنه ، وهو مذهب جمهورالصحابة والتابعين والفقهاء والأئمة الأربعة (٣) ، وقال صاحب فتح القريب : انه القول الأصوب ٠ واحتجوا له بهذه الأدلة :

أولا : أن ظاهر القرآن يدل عليه ، وذلك لأن الله تعالى يقول : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » ــ أى للأب الباقي ، وهو الثلثان فجعل الميراث بينهما أثلاثا ، كما جعله أثلاثا بين الابن والبنت في قوله : « للذكر مثل حظ الانثيين » وجعله بين الأخ والأخت أثلاثا بقــوله : « وان كانوا اخوة رجالا ونســاء فللذكر مثــل حظ الانثيين » ، ومعنى ذلك أن الأب والأم أخذا المال أثلاثا عند انفرادهما ــ كما في الابن والبنت ، والأخ والأخت ، وكل ذكر وأنثي يأخذان المال أثلاثا ــ يجب أن يأخذا البــاقي بعــد فرض الزوجية أثلاثا كذلك ، كالأخ والأخت لغير أم ، وكمــا لو اجتمع الأبوان مع بنت (٤) ٠

---

(١) عند تحرى الدقة في التعبير ــ يفضل اعتبارهما صورتين لا مسألتين اذ يمكن اعتبارهما مسالة واحدة ذات صورتين ٠

(٢) فتح القريب والسراجية ٠

(٣) بداية المجتهد وفتح القريب وأحكام القرآن للجصاص ٠

(٤) المصدر السابق وشرح السبتى على الرحبية ٠

ثانيـا : أن معنى قوله تعـالى : « فان لـم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » : هـــو أن للأم ثلث ما ورثه الأبوان ، سواء أكان جميع المال أم بعضه ، وذلك لأنه لــو أريد ثلث الأصل لكفى في البيان أن يقال : « فان لم يكن له ولد فلأمه الثلث » • ويلزم ـ على ارادة ثلث الأصـل ـ أن يكون قوله : « وورثه أبواه » ـ خاليا عن الافادة •

واذا قيل ان الآية تحمل على ما اذا لم يكن للميت ورثة سوى الأبوين فقط ـ أجيب بأنه ليس فى العبارة ما يدل على حصر الارث فيهما • وان سلم بذلك فلا دلالة فى الآية حينئذ على صورتى النزاع ـ لا نفيا ولا اثباتا •

ثالثا : أن مقتضى القياس ألا يزيد نصيب الأم على نصف نصيب الأب ـ لأن الأبوين فى الأصـول كالابن والبنت فى الفروع ، وذلك لأن السبب فى وراثة كل من الذكر والأنثى واحد ، وكل واحد منهما يتصل بالميت بلا واسطة ـ فيجعل ما بقى من فرض أحد الزوجين بينهما أثلاثا ـ كما فى حق الأبوين اذا انفردا بالارث، وبهذا لا يزيد نصيبها على نصف نصيب الأب ، كما هو مقتضى القياس • ويؤيد هـذا المعنى أن الأصل الغالب فى الميراث أنه اذا اجتمع ذكر وأنثى من درجة واحدة أن يكون للذكر ضعف ما للأنثى (١) فلو جعـل للأم ثلث الأصل فى الصورتين ـ لكان نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج ، وقريبا منه مع الزوجة ، فلم يفضل عليها بالتضعيف •

واذا قيل ان القياس والأصل منتقضان فيما اذا وجد مع الأبوين فرع وارث مذكر ، فانهما يتسـاويان لأخـذ كل منهما السدس ـ فانه يجاب عن ذلك بأن القيـاس ترك فى هذه الصورة ـ للنص من جهة ، ولوجود الابن المقـدم فى

---

(١) خولف ذلك الأصل فى أولاد الأم لأن ارثهم بالرحم المجرد ، فالقرابة التى يرثون بها قرابة أنثى فقط ، وهم فيها سواء ، فلا معنى لتفضيل ذكرهم على أنثاهم ـ بخلاف قرابة الأب ، كذلك النص القاضى بتوريثهم ظاهر فى التسـوية بينهم • « تراجع كتب الميراث ، وأعلام الموقعين » •

العصوبة على الأب ، من جهة أخرى ، ولأن الأصل لا ينافي خروج فرد عنه ـ لدليل ـ كما خرج عنه الاخوة للأم (١) ٠ وفي احكام القرآن لابن عربي المالكي ما يبين الحكمة في ذلك اذ ورد به : « قال علماؤنا : سوى الله سبحانه وتعالى بين الأبوين مع وجود الولد ، وفاضل بينهما مع عدمه في ان جعل سهميهما للذكر مثل حظ الانثيين ، والمعنى فيه أنهما يدليان بقرابة واحدة ٠ وهي الأبوة ، فاستويا مع وجود الولد ، فان عدم الولد فضل الأب الأم بالذكورة والنصرة ووجوب المئونة عليه ، وثبتت الأم على سهم لأجل القرابة » ٠

رابعا : ما قاله صاحب فتح القريب : من أنه يجوز أن يحتج للمسألتين باتفاق الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ على اعطائها ثلث الباقي فيهما ، وذلك قبل اظهار ابن عباس الخلاف في ذلك ، ولكن دعوى الاجماع يصبح أن تكون محل بحث ونظر ٠

ومقتضى الأصل الذي ذكرناه في الدليل الثالث يوجب اعطاء الأم ثلث جميع المال ـ لو كان مكان الاب جد لكونها أقرب منه ، وهو رأى جمهور الفقهاء ومذهب ابن عباس أيضا ، واحدى الروايتين عن الصديق رضى الله عنه ٠ لكن أبا يوسف خالف في ذلك ، وقال ان لها مع الجد أيضا ثلث الباقي ، وهي الرواية الأخرى عن أبى بكر رضى الله عنه ، كما روى ذلك أيضا عن عمر وابن مسعود ، فانهما ما كانا يفضلان الأم على الجد (٢) ـ قال السجاوندي في شرح السراجية : فعلى هذه الرواية (٣) جعل الجد كالأب ، فيعصب الأم كما يعصبها الأب ٠ ووجه الرواية الأولى هو أنا تركنا ظاهر قوله تعالى : « فلأمه الثلث » في حق الأب ، وأولناه بما

---

(١) السجاوندى فى شرح السراجية ، وكتابه فتح القريب

(٢) راجع تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٤١ من طبعة ١٣١٥ هـ ، وشرح السراجية للسجاوندي ٠

(٣) يريد الرواية الأخرى عن أبى بكر رضى الله عنه ٠

ذكر كيلا يلزم تفضيلها عليه مع تساويهما في القرب ، وقد تأيد ذلك بقول أكثر الصحابة ، ولا كذلك في حق الجد ، فاننا نجرى النص على ظاهره بدون تأويل ــ لعدم التساوى في القرب • ولا يمتنع تفضيل الأنثى على الذكر مع التفاوت في الدرجة والقرب ــ كما اذا ترك الميت زوجه واختا شقيقة واخا لاب : فان للزوجه الربع ، وللاخت النصف ، وللاخ الباقى ، وهو الربع ، ولأن للام حقيقة الولاد ، كما للأب ، فيعصبها • والجد له حكم الولاد لا حقيقته ، فلا يعصبها ، اذ لا تعصيب مع الاختلاف في السبب » •

المذهب الثاني : مذهب ابن عباس رضي الله عنهما ــ أن للزوج والزوجة ميراثهما ، وللأم ثلث اصل التركه في الصورتين ، وللأب ما بقي ــ قل أو كثر ــ لأنه عاصب ، وهذا القول قد روي عن علي وعن معاذ رضي الله عنهما ، وبه قال شريح القاضى وداود شيخ الظاهرية ، وابن سيرين في احدى الروايات عنه وجماعة ، واختاره الشيعة الاماميه(١) •

وقد استدل لهذا المذهب ــ بثلاث حجج :

الأولى : أن الله ــ تعالى ــ جعل للأم ــ أولا سدس التركة كلها مع الولد بقوله « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد » ، ثم ذكر أن لها مع عدم وجوده الثلث بقوله : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » ، فيفهم منه أن المراد ثلث أصل التركة أيضا وبذلك يكون الله ــ سبحانه ــ قد جعل للأم فرضين : الثلث والسدس ، فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس ، وهو ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين ــ كما يقول الجمهور ، ولهذا روى عن ابن عباس أنه قال : لا أجد في كتاب الله تعالى ــ ثلث مابقى •

الثانية : أن سهام ذوى الفرائض كلها ــ مقدرة بالقياس

---

(١) الجزء الثانى من بداية المجتهد (ميراث الأم) ، وأحكام القرآن للرازى المعروف بالجصاص ج ٢ ص ١٠١ طبعة ١٣٤٧ هـ • وكتاب احكام التركات للعالم الجليل الأستاذ ابو زهرة •

الى أصلها بعد الوصية والدين فلزم أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للأم ٠

الثالثة : ما دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام . « الحقوا الفرائض باهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر » من اعطاء ذوى الفروض فروضهم كامله من اصل المال ، واعطاء العاصب الباقى بعدهم ، ولا شك ان الام ذات فرض مسمى ، وان الاب عاصب ، والعاصب ليس له فرض محدود مع ذوى الفروض ، بل له الباقى ، وهو يقل ويكثر ـ فاذا اعطينا الام ثلث الباقى فى الصورتين ـ نقصنا فرضها المقدر لها فى كتاب الله تعالى لنزيد فى نصيب العاصب الذى ليس له الا ما يبقى بعد أخذ أصحاب الفروض ـ فروضهم كاملة بمقتضى الحديث المذكور ـ قال ابن قدامة فى المغنى : والحجة مع ابن عباس ، لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على خلافه فى الغراوين ٠

وناقش الجمهور أدلة المذهب الثانى ، فقالوا بالنسبة للأثر المروى : ان العصوبة لم تتمحض فى الآب ، وقالوا فى الآية : ان الله تعالى جعل للأم ثلث ما ترثه هى والأب ـ عند عدم الولد والاخوة ، لا ثلث الكل بقوله « وورثه أبواه فلأمه الثلث » أى ثلث ما يرثانه ٠ والذى يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقى من فرضه ٠ ولأنها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج ، وقريبا من نصيبه مع الزوجة ، مع أن النص يقتضى تفضيله عليها بالضعف اذا لم يوجد الولد والاخوة ٠ ولهذا قال ابن مسعود فى الرد على ابن عباس : ما أرانى الله تفضيل الأنثى على الذكر ، وقال زيد : لا أفضل الأنثى على الذكر ، ومرادهما : عند الاستواء فى القرابة والقرب ٠ وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الأنثى على الذكر (١) ٠ وقد سبق بيان ذلك ٠

---

(١) راجع فتح القريب ، وتبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٣١ طبعة سنة ١٣١٥هـ ٠

المذهب الثالث : قول ابن سيرين من التابعين ، في أشهر الروايات عنه ، وهو راى أبى بكر الأصم من علماء الحنفيه : ان للأم مع الزوج ثلث ما يبقى من فرضه ، ولها مع الزوجة ثلث الاصل فهذا القول يوافق مذهب الجمهور في الصورة الأولى ، ويوافق مذهب ابن عباس فى الصورة الثانية .

وحجة هذا القول أن الأصل اعطاء الأم ــ كما يدل على ذلك ظاهر النص ــ ثلث المال كله عند عدم الولد والاخوه ، ولكن ترك هذا الأصل فى الصورة الأولى ، لوجود مانع وهو ما يترتب على اعطائها ثلث الكل من أخذها ضعف الاب ولا ضرورة تدعو الى ترك هذا الأصل فى الصورة الثانيه . لأنها لو أخذت ثلث المال كله ــ فنصيبها لايزال أقل من نصيب الأب . وتوضيح وجه التفرقة بين الصورتين ، على هذا القول ، أنه لو جعل لها مع الزوج ثلث جميع المال لزاد نصيبها على نصيب الأب لأن المسألة حينئذ من ٦ لاجتماع النصف والثلث : فيكون للزوج ثلاثة ، وللأم اثنان على ذلك التقدير ، فيبقى للأب سهم واحد وفى ذلك تفضيل الأنثى على الذكر ، واذا جعل لها ثلث الباقى بعد فرض الزوج كان لها سهم واحد ، وللأب سهمان ، وثلث الباقى فى الحقيقة هو سدس التركة كلها ، وقد عهد فرضا لها ، كما اذا وجد معها ولد أو جمع من الاخوة .

وليس الأمر كذلك اذا وجدت مع الزوجة : فانها اذا أخذت ثلث الأصل لم يلزم ذلك التفضيل لأن المسألة من ١٢ ــ لاجتماع الربع والثلث ، ويكون للزوجة ثلاثة أسهم ، وللأم أربعة ، ويبقى للأب خمسة ، فلا تفضيل لها عليه ولو أعطيت الأم فيها ثلث الباقى ، لكان فى الحقيقة ربعا ، وهو لم يفرض لها أصلا ، من أجل ذلك افترقت الصورتان ، وكان لكل منهما حكم (١) .

---

(١) ومما ينبغى أن يلحظ فيذكر ــ أن لابن سيرين ثلاث روايات فى الغراوين : احداها وهى المشهورة عنه أن للأم ثلث الباقى مع الزوج ، وثلث الكل مع الزوجة ، والثانية : عكس هذا القول والثالثة أنه مثل قول ابن عباس « راجع فتح القريب ، وأحكام القرآن للرازى » .

وقد نوقش هذا القول ، ورد عليه بما يأتي :

أولاً : ان ابن سيرين ، ومن وافقه ، قد أحدثا بهذا القول ، قولا ثالثا ملفقا من القولين السابقين المرويين عن الصحابة ، وهي مسألة أصولية ، خلاصتها : أنه اذا اختلفت الصحابة في مسألتين على قولين : فذهبت طائفة فيهما الى حكم وطائفة الى حكم آخر فيهما ، فهل يجوز لمن بعدهما ان يحدث قولا ثالثا ملفقا منهما ، بأن يقول بقول احدى الطائفتين في مسألة منهما ، ويقول الطائفة الاخرى في المسألة الثانية .

والذى عليه الاكثرون القول بالمنع ، فان ذلك يعتبر مخالفة لما اجتمع عليه الصحابة من عدم التفريق بينهما ، ومن التسويه بينهما في الحكم ، وذلك باعطاء الام ، اما ثلث الباقي في المسألتين ، كما هو الرأى الأول ، واما ثلث الكل فيهما ، كما هو الرأى الثاني .

ثانيا : ما ذهب اليه الجمهور من ان قاعدة الباب : اما مساواة الذكر للأنثى ، واما ان يكون له ضعف ما لها ، وكلاهما مفقود في مسألة الزوجة (١) .

والرد على المذهب الثالث بهذين الوجهين — لا يخلو من دفع وعدم تسليم ممن يقول به : فالاعتراض على ابن سيرين — في تفرقته بين الصورتين — بمخالفة ما اجتمع عليه الصحابة — ليس بقوى ، ولا فيه مقنع لأنه في احدى الصورتين « وهي التي فيها الزوج » وافق الجمهور ، فلا يصح حينئذ أن يقال انه خالف الاجماع فيها ، وفي الصورة الأخرى (وهي التي فيها الزوجة) وافق ابن عباس رضى الله عنه ، فالاعتراض عليه فيها ، على فرض التسليم به — كما يوجه اليه ، يوجه الى ابن عباس ، على أنه مما سبق — قد علمت أن المنع من احداث قول ثالث — ليس أمرا متفقا عليه . ثم ان دعوى الاجماع ، في الصورتين ، مع وجود خلاف ابن عباس فيهما ، محل بحث ونظر ، وهو ، رضي الله

(١) راجع فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب جـ ١ ص ١٩ ، ٢٠ طبعة سنة ١٣٤٥هـ .

عنه ، حبر هذه الأمة ، وترجمان القرآن ، ودليل التأويل ، فالصورتان بناء على هذا يصح أن تكونا من المسائل الداخلة فى باب البحث والاجتهاد بين العلماء ، وان كان لقول الجمهور قيمته واعتباره ٠

كذلك الوجه الثانى الذى اعترض به على المذهب الثالث ـ غير مسلم به من أصحاب هذا الرأى « لأن تلك القاعدة التى أشاروا اليها لا تنطبق ـ فى نظرهم ـ على توريث الأب مع الأم ، وانما هى فى توريث الذكور مع الاناث ان كانوا من جنس واحد ، ومع مراعاة الشروط الأخرى ـ كالأبناء مع البنات وكالاخوة الأشقاء مع الأخوات الشقيقات ، أو الاخوة لاب مع الاخوات لاب ٠

٥ ـ نظرة عامة :

بالرجوع الى ما سبق بيانه ـ يتضح أن لكل قول من الأقوال الثلاثة ـ فى الغراوين ـ حجته ووجهة نظره المقبولة فى الجملة ، وان كان كل منها من الوجهة النظرية ـ لم يسلم من النقد ٠

وعلى الرغم من قوة رأى الجمهور ـ بما ساقوه من أدلة وحجج نقلية وعقلية وهو الذى أخذ به قانون الميراث ـ قد يوجه اليه بالنسبة للصورة الثانية ـ أنه لا يوجد ما يوجب أن يكون نصيب الأم دائما على النصف من نصيب الأب : فقد تأخذ مثل نصيبه اذا وجد معهما فرع وارث مذكر أو بنتان فأكثر ، وليس ارثهما ـ فى الغراوين ـ على الرأى الراجح من تخريج العلماء (١) ولا فى غيرهما مبنيا على التعصيب ـ حتى يلزم أن يأخذ الأب ضعف ما تأخذه الأم ، وانما الأم صاحبة فرض فى كل حال ـ فلا يعصبها الأب ، ولا حظر فى اعطاء الأم ثلث الكل فى هذه الصورة لأن نصيبها سيكون أقل من نصيب الأب ٠

---

(١) سبق بيان ذلك عند ذكر أحوال الأم ٠

ويوجه الى مذهب ابن عباس أن فى اعطائها ثلث الكل فى الصورة الاولى ــ ما ينافى روح النصوص ومعقولها لانه سيترتب عليه أن تأخذ الأم ضعف الأب • وليس من المعهود شرعا ، ولا مما يجرى على القواعد العامة فى الميراث أن تأخذ الأم ضعف ما يأخذه الأب •

ويوجه الى القول الثالث أن الام ــ فى صورة الزوجة ــ تأخذ قريبا من نصيب الأب ــ مع ان ظاهر قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث » ــ يوحى بان الاب ياخذ الثلثين ، وهو ضعف ما تأخذه الأم اذا لم يوجد ولد ولا جمع من الاخوة •

واذا كان يطلب الينا ــ مع هذا كله الترجيح بين القولين الأول والثانى فقط ــ فنحن نرجح القول الاول ، وهو راى الجمهور • ودليل رجحانه واضح مما سبق ذكره •

أما اذا كان لابد من المقابلة والموازنة بين الأقوال الثلاثة مع ترجيح أحدها ــ فان النفس قد تطمئن وتميل الى الرأى القائل باعطائها ثلث الكل مع الزوجة ، وثلث الباقى مع الزوج ، ويعتبر ذلك وسطا بين مذهب الجمهور ومذهب ابن عباس ــ رضى الله عنهم أجمعين ، والله أعلم بالصواب •

المسألة المشتركة

١ ــ من القواعد المعروفة فى الميراث ــ أنه اذا اجتمع أصحاب فروض وعصبة ، واستغرق أصحاب الفروض التركة ــ لم يأخذ العاصب شيئا ، لعدم وجود باق يأخذه ، وترتب على ذلك أنه فى بعض الصور ــ عند اجتماع الاخوة لأم والاخوة الأشقاء يأخذ الأولون نصيبهم من التركة فى حين أن الاخوة الأشقاء لا يأخذون شيئا لعدم وجود ما يبقى لهم بعد أن استغرقت الفروض التركة •

وهذا اذا توفيت امرأة عن زوج وأم أو جدة وأخوين فأكثر لأم ، وأخ شقيق وحده أو مع غيره من الأشقاء • سواء أكان معه أو معهم أخت شقيقة أو أكثر ، أم لم يكن ــ فان

الفروض فيها استغرقت التركة : اذ للزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث • فالقياس الظاهر الا يشاركهم فيه العصبة من الأشقاء ، بل يسقطون لاستغراق الفروض • وهذا هو المروى عن على وأبى بن كعب وأبى موسى الاشعرى، واحدى الروايتين عن زيد ، وابن عباس ، وابن مسعود — رضى الله عنهم ، وبه قال الشعبى وابن أبى ليلى وأبو ثور وداود ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد بن حنبل •

وقضى بعدم التشريك عمر فى اول عام من خلافته ، فلما نزلت ثانى عام اراد القضاء بمثل ذلك ، فاحتج عليه الشقيق بأن الاخوة لام ، انما ورثوا الثلث بأمهم ، وهى أمى ، هب (١) أن أبانا كان حمارا ، أو حجرا ملقى فى اليم ، أليست الأم تجمعنا ، فأشرك بينهم ، فقيل له : انت قضيت فى أول عام بخلاف هذا ، فقال : تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضى ، ولم ينقض أحد الاجتهادين بالآخر •

والتشريك مروى عن عثمان ، وعن ابن عباس ايضا ، وهو اشهر الروايتين عن زيد ، وهو قول شريح وسعيد بن المسيب وابن سيرين وطاوس والثورى ومالك والشافعى ، فقالوا لا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض فى فروضهم الا أولاد الأب والأم ، فانهم يشاركون أولاد الام فى فرضهم — فى هذه المسألة •

٢ — وحجتهم أن الأشقاء يشاركون الاخوة لأم فى السبب الذى يستحقون به الارث ، وهو الادلاء بالأم ، فوجب ألا ينفردوا بالثلث دونهم • ومن ثم تعرف أن ثلث التركة يقسم بين الاخوة لأم والأشقاء بالسوية ، كأنهم كلهم أولاد أم ، فلا يفضل الذكر من الأشقاء على الأنثى منهم — لاشتراكهم فى القرابة التى ورثوا بها ، وهى بنوة الأم ، فميراثهم بالفرض لا بالتعصيب (٢) •

---

(١) وقيل ان زيد بن ثابت هو الذى قال له : هب أن أباهم كان حمارا ، ما زادهم الأب الا قربا •

(٢) صرح بذلك صاحب منح الجليل فى فقه المالكية ، وكذا فى شروح الرحبية ، وكتاب شرح الترتيب •

وتسمى هذه المسألة ـ عند المالكية والشافعية ـ المشركة ـ بفتح الراء ـ أى المشرك فيها ، وبالكسر ـ على نسبة التشريك اليها مجازا ، وتعرف بالمشتركة أيضا ، لما فيها من التشريك ، وتلقب بالحمارية ـ لقول الأشقاء : هب أن أبانا كان حمارا • وتلقب أيضا بالحجرية وباليمية ـ لقولهم ـ هب أن أبانا كان حجرا ملقى فى اليم ، قيل وتسمى المنبرية لأن عمر رضى الله عنه سئل عنها ، وهو على المنبر •

وحجة القائلين بعدم التشريك انه الموافق للاصل فى العصبة ، وهو سقوطهم عند استغراق الفروض التركه ، وقوله ـ صلى الله عليه وسلم : « الحقوا الفرائض بأهلها » ومن شرك لم يلحقها بأهلها ، ولأن الاعطاء يكون بنص ، ولا نص يعطى الثلث للاخوة لأم وللأشقاء معا • ويدفع هذا بأن اشراك الأشقاء انما هو باعتبار الغاء قرابة الأب فى حقهم ، حتى لا يفضل الاخوة لأم عليهم ، ولذلك كان ميراثهم فى هذه المسألة بالفرض لا بالتعصيب •

وأقوى حجة لهؤلاء أن الاخوة لأم لو كانوا مائة لا يزادون على الثلث اجماعا ، فكذا لا ينقصون منه ، ويؤيده قول الجميع فى زوج وأم وأخ لأم وعشرة أخوة أشقاء ـ أن الأخ لأم يختص بالسدس ، وكذا فى زوج وأخ لأم وعشرة اخوة أشقاء أو أكثر • ويلزم من شرك أن يسوى بينهم فى المسألتين السابقتين ، كما سوى فى الحجرية لأن الأم تجمعهم ، ولورود حجة الشقيق المذكورة فيها ، وقد أجاب ابن المدنى المالكى عن ذلك بأن التشريك فى الحجرية انما هو استحسان لأنه لم يفضل للشقيق فيها شىء أصلا ، بخلاف غيرها •

٣ ـ شروطها :

ولكونها مشتركة ـ عند القائلين بالتشريك ـ أربعة شروط : الأول أن يكون فيها زوج ، والثانى ذو سدس من أم أو جدة ، والثالث : تعدد الاخوة لأم ـ اثنان فأكثر ، فلو لم يكن فيها زوج أو ذو سدس ، أو كان ولد الأم واحدا ـ لبقى شىء للشقيق ، فلا تشريك ، وكذلك لو لم يكن فيهما

أولاد أم . الرابع : وجود شقيق واحد أو متعدد ، فلو كان بدل الشقيق فيها شقيقة واحدة ـ فرض لها وعالت بمثل نصفها لتسعة ، أو شقيقتان فأكثر ـ فرض لهما أو لهن ، وعالت لعشرة ؟ وتسمى البلجاء من البلج وهو الظهور ، لظهور الحكم فيها ، وجريها على القواعد ـ بخلاف الحمارية .
ولو كان فيها بدل الشقيق أخ لأب ، أو أخوة لأب ـ فانهم لا يرثون ، ولا يشاركون ولد الام ـ لعدم وجود الرحم الموجب للاشتراك . ولو كان بدل الشقيق أخت أو أخوات لأب ـ فرض لها أو لهن ، وعالت لتسعة أو عشرة ، فلو وجد مع الاخوات لأب أخ لاب ـ سقطن معه ، اذ لا يفرض لهن معه ، ولا تشريك ، ولهذا يسمى الاخ المشئوم (١) .

ونحن نؤيد القول بالتشريك لقوة حجته ووضوح عدالته ، وهو أشبه بالاستحسان ـ كما قال ابن المدنى ـ والقياس الخفي ، لما فيه من مراعاة الوصف المشترك بين الأشقاء وأولاد الأم ، وهو بنوة الأم ، فورثوا بهذا الاعتبار . أما القول بنفى التشريك فهو أشبه بالقياس الظاهر العام الذى يطبق فى العصبة عامة اذا استغرقت الفروض التركة .

٤ ـ وجود الجد فى المشركة : اذا كان فى المشركة المذكورة جد ـ سقط به أولاد الأم اتفاقا ، وكذا الأخوة الأشقاء عند المالكية . وعلى هذا فللزوج عندهم النصف ، وللأم السدس ، وللجد وحده الباقى وهو الثلث ، ولا شىء للأشقاء ، فخالف مالك فى هذه المسألة أصله من أن الجد لا يحجب الاخوة الأشقاء ولا الاخوة لأب . وحجته أنه لما حجب الاخوة للأم عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الأشقاء ـ كان هو أولى به ، والشقيق انما يرث فى المشركة باخوة الأم ، وهؤلاء لا يرثون مع الجد اتفاقا .

---

(١) وبعض الكتب اعتبرت هذه الشروط أركانا لأنها جرت فيها على ذكر الورثة أنفسهم فقالت : وأركانها أربعة زوج وذو سدس من أم أو جدة ، واثنان فأكثر من أولاد الأم ، وعصبة شقيق .

وعند زيد ، وهو رأى الشافعى : للزوج النصف ، وللأم السدس ، ولا شىء لأولاد الأم • أما الجد فان كان معه شقيق واحد ــ استوى بالنسبة اليه المقاسمة والسدس ، فله سهم من ستة ، وللشقيق سهم منها • وان كان معه اثنان فأكثر من الأشقاء تعين للجد السدس لأنه أحظ ، والباقى للأشقاء ــ تطبيقا لقاعدة توريث الجد مع الاخوة عند الشافعية •

كذلك لو كان ــ بدل الأشقاء فى هذه ـ اخوة لأب ــ فان الخلاف يجرى بين الشافعية والمالكية ــ على احدى الروايتين عن مالك ــ وحجة المالكية على هذه الرواية ان الجد يقول : لو لم أكن موجودا لم يكن لكم فى المشركة شىء ، فأنا أختص بما حجبت عنه ولدى الأم ، وهو الثلث • أما الرواية الثانية عن الامام مالك فانها كمذهب الشافعى •

وابن يونس من المالكية لم يوافقهم على ذلك ، وقال : الصواب أنه يرث معه الأشقاء أو الاخوة للاب ــ لأنهم يقولون للجد : أنت لا تستحق شيئا الا شاركناك فيه ، ولا تحتج علينا بأنك لم تكن ، فانك كائن • ولو لزم هذا فى الجد ــ لزم فى البنتين وبنت الابن وابن الابن (١) •

٥ ـ المعمول به الآن فى محاكم الأحوال الشخصية بمصر:

كان المتبع فى مصر والمعمول به فى محاكمها الشرعية ــ التى حل محلها الآن بعد توحيد المحاكم « دوائر الأحوال الشخصية » ان الاخوة الأشقاء ، أو الاخوة والأخوات الشقيقات لا يأخذون شيئا فى المسألة المشتركة التى مضى القول فيها ــ اتباعا لمذهب الحنفية القائل بعدم التشريك •

فلما صدر قانون المواريث المصرى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ــ عدل عن مذهب الحنفية ، وجاءت المادة العاشرة منه

---

(١) راجع فيما سبق : شرح الرحبية لسبط المارديني وحاشية البقرى عليه ، وشرح السبتى ، وفتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب ، ومنح الجليل ، وحاشية ابن المدنى على الزرقانى ، وبداية المجتهد •

متضمنة قسمة الثلث الذى هو فرض أولاد الأم ــ عليهم وعلى الاخوة الأشقاء ذكورا واناثا بالسوية بين الجميع ــ لا فرق بين الذكر والأنثى منهم ، وقد وضحت المذكرة التفسيرية ذلك مبينة مسوغ هذا العدول ــ فقالت : دعا للأخذ بهذا المذهب والعدول عن مذهب الحنفية القاضى بعدم استحقاق الاخوة الاشقاء شيئا ، وبانفراد الاخوة لام بالثلث ــ ان المصلحة تقضى بعدم سقوطهم ، وباهدار قرابة الأب ، وتوريثهم بقرابة الأم ــ مادام لم يبق لهم شىء يرثونه بالتعصيب ، والا كانت قوة قرابتهم مدعاة لحرمانهم من الميراث مع اعطائه للأضعف قرابة ، وهم الاخوة لأم . وهذا هو نص المادة العاشرة : « لأولاد الأم فرض السدس للواحد، والثلث للاثنين فأكثر ، ذكورهم واناثهم فى القسمة سواء . وفى الحالة الثانية اذا استغرقت الفروض التركة ــ يشارك أولاد الأم ــ الأخ الشقيق أو الاخوة الأشقاء بالانفراد ، أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعا على الوجه المتقدم » .

***

أحكام الجد الصحيح والأخوة

عند اجتماعهم فى الميراث

١ ـ مقدمة :

الجد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى ، فان دخل في نسبته اليه أنثي كأبي الأم ـ كان جدا فاسدا ، وهو من ذوى الأرحام ٠

والجد الصحيح ـ يحجب بالأب ، باتفاق العلماء لأن الأب أصل فى قرابة الجد الى الميت ، وهو ـ عند فقد الأب ـ مثل الأب ـ فى جميع أحكامه فى الميراث ; فيرث بالفرض فقط ، وهو السدس ـ اذا كان مع الفرع الوارث المذكر ، وبالفرض والتعصيب معا ـ مع الفرع الوارث المؤنث ، وبالتعصيب فقط اذا لم يكن معه فرع وارث أصلا ٠ ويستثنى من ذلك ست مسائل :

الأولى : أنه اذا كان مع الجد اخوة لأبوين ، أو لأب ـ فليس حكم الجد معهم حكم الأب ـ لأن الأب ـ يحجبهم اجماعا ، لأدلائهم به ، فهو أقرب منهم ; والجد يقاسمهم ـ على رأى بعض الأئمة ، والفقهاء ـ لكونهم يساوونه فى القرب ، لأن الجد والاخوة يدلون الى الميت بالأب ; فلذلك يقاسمونه ـ على تفصيل واختلاف ، سنذكرهما بعد ٠ وعلى رأى بعضهم الآخر يقوم الجد مقام الأب فى حجبهم ٠

الثانية : احدى الغراوين ، وهي أبوان وزوج : فللأم

فيها ثلث الباقي بعد فرض الزوج ، ولو كان بدل الأب فيها جد ـ كان للأم معه ثلث جميع المال .

الثالثة : ثانية الغراوين ، وهي أبوان وزوجة فاكثر : فللأم فيها ثلث الباقي بعد ربع الزوجه ، ولو كان فيها بدل الاب جد ـ كان للام معه ثلث الجميع ايضا . فليس الجد شبيها بالأب في هذه المسائل الثلاث ـ لانه لا يساوي الاب في ادلائه الى الميت بنفسه . وخالف في المسألتين الثانيه والثالثة أبو يوسف ، فانه قال : ان الجد مثل الاب فيهما ، فتأخذ الأم ثلث الباقي كما اذا وجد الأب .

الرابعة : ان الاخوة لغير ام وبنيهم يحجبون الجد في باب الولاء ـ بخلاف الأب (١) .

الخامسة : أن الأب يحجب أم نفسه . ولا يحجبها الجد.

السادسة : أن جمع الأب بين الفرض والتعصيب ـ في حالة وجود فرع وارث مؤنث ـ لا خلاف فيه ، حتى نقل ابن قدامه الاتفاق عليه ، وان كان بعضهم نقل فيه خلافا عن بعض الصحابة ، ففي نحو بنت وأب : يرث الأب السدس فرضا ، والباقي بعد فرضه وفرض البنت ـ تعصيبا ـ بلا خلاف . ولو كان الجد له ـ فكذلك على الراجح ، وقيل انه يأخذ جميعه تعصيبا ، فخالف الجد الاب في جريان الخلاف .

وقد يقول قائل : هل لهذا الخلاف ثمرة ؟ قالوا ان ثمرته تظهر في تصحيح المسألة ، كما في بنت وجد : فمن قال انه يرث السدس فرضا والباقي تعصيبا ـ يعتبر أصلها من ستة ، ومن قال انه يرث الكل تعصيبا ـ يعتبر أصلها من اثنين ، كما تظهر أيضا فيما لو أوصى بثلث الباقي بعد أصحاب الفروض ـ فعلى جعله كالأب تكون الوصية بثلث

(١) وهذا على حسب ما ذكرته كتب الفرائض ـ عند الشافعية ـ كحاشية البقرى على شرح الرحبية ، وفتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب ؛ لكن هذا الحكم : ليس متفقا عليه بين الفقهاء ـ فانه لو ترك للمعتق بفتح التاء جد المعتق بكسر التاء وأخاه ـ كان الولاء كله للجد عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : الولاء بينهما نصفان ـ راجع السراجية .

الثلث الباقي ، وعند من لم يجعله كالأب ــ تكون الوصية بثلث النصف الباقي بعد فرض البنت (١) •

وجاء في السراجية ــ في فرائض الحنفية ــ أن من الفروق بين الأب والجد عند أبي يوسف في قوله الأخير ــ أن المعتق بفتح التاء لو ترك ابن معتقه وأباه كان للأب سدس الولاء ، وللابن الباقي ، وعند أبي حنيفة ومحمد : الولاء كله للابن (٢) ، وهو مذهب الشافعي ، والقول الأول لأبي يوسف • ولو كان مكان الأب جد فالولاء كله للابن بالاتفاق ــ فهذه المسألة لا يظهر فيها فرق بين الأب والجد الا على رأى أبي يوسف الأخير •

ومما اتفق عليه العلماء أن الأب ــ في الميراث يحجب الاخوة والأخوات سواء أكانوا أشقاء أم لأب ، أم لأم ، وقد سبق تعليل ذلك •

أما الجد فانه كالأب في حجب الاخوة للأم باجماع الفقهاء ــ لأنهم من قبيل الكلالة (٣) ، وقد اشترط في ارثها عدم وجود الولد والوالد اجماعا ، ولقول الله تعالى : « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث » وهذه الآية قد أجمع العلماء على أن المراد بالاخوة والأخوات فيها ــ أولاد الأم ، ومعنى الكلالة فيها ــ كما ورد في الاثر ــ من ليس له ولد ولا والد ، وولد الابن داخل في الولد ، والجد داخل في الوالد • وحينئذ فلا ارث لأولاد الأم مع هؤلاء ، ومعنى ذلك أن الاب أو الجد يحجب الاخوة لأم ، كما يحجبهم الفرع الوارث •

---

(١) راجع في ذلك حاشية البقرى على الماردينى صفحة ١٩ ، ٢٠ طبعة صبيح ، وفتح القريب ص ٣٠ ، ٣٣ طبعة سنة ١٣٤٥هـ •

(٢) راجع علة كل من الرأيين في شرح السراجية للسجاوندى •

(٣) لفظ الكلالة في الأصل : معناه الاعياء وذهاب القوة ، ثم استعيرت لقرابة من عدا الولد والوالد كانها كالة ضعيفة بالقياس الى قرابه الولاد ، وتطلق أيضا على من لم يخلف ولدا ولا والدا ، وعلى من ليس بولد ولا والد من المخلفين ــ راجع شرح السراجية للسجاوندى ، هذا ويسمى الاخوة والأخوات للأم ــ بنى الأخياف •

فاذا اجتمع الجد مع الاخوة والأخوات لأب وأم ، ويسمون بنى الأعيان أو مع الاخوة والاخوات لاب • ويسمون بنى العلات ـ سواء أكانوا ذكورا ، أم اناثا ، أم مختلطين ـ فان الأئمة والفقهاء من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم من أئمة الاجتهاد قد اختلفوا فى شأنهم على قولين :

الأول : أن الجد يقوم مقام الأب أيضا فى حجبهم فلا يرثون معه ، كما لا يرث معه أولاد الأم •

الثانى : أن الجد لا يقوم مقام الأب فى حجبهم ، فهم يرثون معه على تفصيل سنذكره بعد •

٢ ـ القائلون بالرأى الأول والقائلون بالرأى الثانى

اختلف العلماء من الصحابة والتابعين ، وغيرهم ـ رضوان الله عليهم اجمعين ـ فى مسألة الجد مع الاخوة من بنى الأعيان أو العلات ، لأنه لم يرد فيهم شىء صريح من الكتاب ولا من السنة ، وانما ثبت حكمهم باجتهاد الصحابة والتابعين ، ومن تلاهم من أئمة العلم والفقه •

فمذهب أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، ومن وافقه من الصحابة كابن عباس وابن الزبير ، وعائشة ، وعبادة بن الصامت • وأبى بن كعب ، ومعاذ بن جبل وأبى موسى الأشعرى وأبى الدرداء ـ أنهم لا يرثون مع الجد ، كما لا يرثون مع الأب ، وبه قال عطاء وقتادة ، وطاوس ، والحسن البصرى وسعيد ابن جبير ، وابن سيرين ، وهو رأى الامام أبى حنيفة ، وداود وابن جرير الطبرى • واختاره من أصحاب الشافعى المزنى وأبو ثور ، وابن سريج وابن اللبان وأبو منصور البغدادى ـ فالجد ـ على مذهب هؤلاء يسقط الاخوة والأخوات مطلقا كالأب ، وهذا الرأى هو المفتى به فى مذهب الحنفية - واختار أبو حنيفة قول الصديق رضى الله عه لأنه ثبت على قوله ولم تختلف الرواية عنه •

وقال على وابن مسعود وزيد بن ثابت ـ رضى الله عنهم ـ

ان الاخوة من الأبوين أو من الأب لا يسقطون بالجد ، وهم يرثون معه على تفصيل وخلاف بينهم ، وبذلك قال الشعبى وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وسفيان الثورى • ومذهب الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعى واحمد هو مذهب الامام زيد، ووافقهم على ذلك محمد وأبو يوسف صاحبا الامام ابى حنيفة (١) •

هذا ـ وقد اختلفت الآراء وتعددت فى موضوع ارث الاخوة مع الجد حتى ناقض بعضها بعضا ، وحتى قال بعض (٢) المؤلفين فى الفرائض : « هذا الباب خطير جدا » ومن ثم كان الصحابة ـ رضى الله عنهم يتوقون الكلام فيه : فعن عمر رضى الله عنه : «أجرؤكم على قسمة الجد أجرؤكم على النار » وعن على كرم الله وجهه : ان من سره أن يقتحم جراثيم (٣) جهنم فليقض بين الجد والاخوة ، عن عمر نحوه ، وروى عن ابن مسعود ـ رضى الله عنه : «سلونا عن عضلكم واتركونا من الجد ، لا حياه الله ولا بياه » واضطربت الأقوال المروية عن عمر فيه ، ولما طعنه أبو لؤلؤة وأشرف على الموت ـ قال للناس : « احفظوا عنى ثلاثة : لا أقول فى الكلالة شيئا ، ولا أقول فى الجد شيئا • ولا أستخلف عليكم أحدا » •

كذلك توقف بعض العلماء فى مسألة الاخوة مع الجد • وامتنع جماعة عن الفتوى فيها ، وقال محمد بن سلمة يقضى فيها بالصلح ، وقال محمد بن الفضل البخارى يدفع الى الجد السدس لأنه هو الذى اجتمعت عليه الصحابة • ويصالح عن الباقين • وتعددت الأقوال حتى قال أحد العلماء • حفظت فى الجد سبعين قضية يخالف بعضها بعضا(٤) وحكى ابن حزم عن بعض الصحابة تقديم الأخ على الجد، وبه قال الدبوسى من الحنفية • وهذا القول ـ ان صح ـ لا يقدح فى الاجماع على

---

(١) حاشية البقرى على شرح الرحبية للامام سبط الماردينى ، ثم كتاب فتح القريب •

(٢) هو صاحب فتح القريب •

(٣) الجرثومة : الأصل •

(٤) راجع شرح السراجية للسجاوندى (باب مقاسمة الجد) •

عدم سقوط الجد بالاخوة • لجواز حدوثه بعده • ولأن أئمة الأصول وغيرهم على أن القول بسقوط الجد بالاخوة يستلزم احداث قول ثالث بعد الاتفاق على قولين : تقديم الجد ، والمشاركة ، وذلك ممتنع • وحجة هذا القول ، على ضعفها — أن الأخ فرع الأب ، والجد أصله — فكان الأخ أقوى لأن البنوة أقوى من الابوة (١) وضعف هذه الحجة ظاهرة لأن البنوة التى هى أقوى من الابوة — انما هى بنوة الميت نفسه لا بنوة أبيه •

والخلاصة أن أشهر الأقوال فى ميراث الاخوة مع الجد — هما القولان اللذان سبق ذكرهما : أحدهما يقول بتقديم الجد وحجبه للاخوة كالأب ، والآخر يقول بالمشاركة ، وهذه هى حجج كل من الفريقين •

٣ — أدلة الفريق القائل بالحجب

احتجوا بوجوه منها :

الوجه الأول : أن الجد بمنزلة الأب لاتفاقهما فى المعنى، اذ كل منهما أب للميت ، وقرابة كل منهما قرابة ايلاد وبعضية وليست كذلك القرابة التى بينه وبين أخيه ، ولذلك سمى الجد أبا فى اللغة والقرآن والسنة — ألا ترى الى قول الله تعالى على لسان يوسف : « واتبعت ملة أبائى ابراهيم واسحق ويعقوب » وقوله « كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحق » • وقوله « وما جعل عليكم فى الدين من حرج — ملة أبيكم ابراهيم » ، وفى الحديث « ارموا بنى اسماعيل ، فان أباكم كان راميا » — فاذا حجب الأب الاخوة لزم أن يحجبهم الجد أيضا لأنه أب •

الثانى : أنه بمنزلة الأب أيضا لاتفاقهما فى كثير من الأحكام كعدم ثبوت الخيار للصغير أو الصغيرة عند البلوغ

---

(١) فتح القريب بشرح كتاب الترتيب « فصل فى أحكام الجد الصحيح وان علا » ص ٤٦ طبعة سنة ١٣٤٥هـ •

اذا زوجهما الجد ، كذلك لا ولاية للأخ فى النكاح مع قيام الجد فى ظاهر الرواية كالأب ، ولا يقتل الجد بولد الولد ، وهو مثل الأب أيضا فى عدم قبول الشهادة ، وفى عدم جواز دفع الزكاة اليه ، وفى أن حليلة كل من الجد وولد الولد تحرم على الآخر حرمة مؤبدة ، ولا كذلك حليلة الأخ ، وفى سقوط القطع فى السرقة ـ كما أنه مثل الأب فى حجب أولاد الأم ، ويقوم مقامه عند فقده فى ميراثه مع البنين ، وفى أنه عاصب مع ذوى الفرائض (١) •

وهذه الأحكام ترجح أن يكون الجد بمنزلة الأب فى اسقاطه الاخوة والأخوات ، وان كانوا أشقاء أو لأب •

الثالث : ـ أن نسبة الجد الى الأب فى العمود الأعلى كنسبة ابن الابن اليه فى العمود الأسفل ، وذلك لأن الجد يدلى الى الميت بأبيه ، وابن الابن يدلى اليه بابنه ـ فاذا نزل ابن الابن منزلة الابن فى اسقاط الاخوة وغيره ـ فليكن أبو الأب ـ مثله منزلا منزلة الأب فى ذلك • وقد روى هذا التوجيه عن ابن عباس ، فانه قال : « ألا يتقى الله زيد بن ثابت ؟ : يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أبا الأب أبا » وقد يجاب عن ذلك بأن الاخوة انما حجبوا بالأب لادلائهم به ، وهو منتف فى الجد (٢) •

الرابع : ـ أن الجد اما أن يكون بمنزلة الأخ الشقيق أو الأخ لأب ، أو دونهما ، أو فوقهما ـ فاذا كان كالشقيق لزم أن يحجب الأخ للأب ، وان كان كالأخ للأب لزم ان يحجبه الشقيق • وان كان دونهما ـ لزم أن يحجبه كل منهما ، وكل باطل ـ فتعين كونه فوقهما ـ فيلزم أن يحجبهما •

الخامس : ـ أن الجد يحجب الاخوة للأم بالاجماع كالأب ـ فلو قام الجد مقام الشقيق ـ لم يحجب الاخوة للأم ، ولو

---

(١) شرح السراجية للسجاوندى ، وبداية المجتهد لابن رشد •

(٢) فتح القريب •

كان الشقيق بمنزلة الجد لحجب الاخوة للأم كالجد ـ فمن جعل الجد بمنزلة الأخ فقد ناقض ـ ويمكن ان يجاب عن ذلك بأنه لا يلزم من جعل الشيء كالشيء أن يساويه في جميع الأحكام ، ويكفي في كون الجد كالشقيق أنه لا يحجبه أخ ، وأنه يحجب بني الاخوة والأعمام وبنيهم ، وأنه يقاسم الاخوة كما يقاسم الشقيق الاشقاء (١) ٠

٤ ـ أدلة الفريق القائل بتوريث الاخوة مع الجد

احتج هذا الفريق أيضا بوجوه ـ منها :

الأول : ـ أن الجد والأخ الشقيق أو لأب يستويان في سبب الاستحقاق والقرابة الى الأب ، فان كلا منهما يدلي الى الميت بالأب ـ اذ الجد أبو أبي المتوفى ، والاخوة والاخوات أولاد أبيه ـ فكان من العدل أن يشتركوا في ارثه ، ولا نص يدل على الحجب كالنص بالنسبة للاخوة لأم ، وليست قرابة الجد بأقوى من قرابة أبناء الأعيان ، وأبناء العلات ـ فلا موجب لحجب الجد لهم ٠ ولا كذلك أولاد الأم لأن قرابة الجد أقوى من قرابتهم ، وقد علم ذلك من الآية التي عرضت لبيان ارثهم ٠

الثاني : ـ أنه لم يرد نص صريح بحكم ميراث الجد اذا اجتمع مع الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب ، ولم يأخذ الجد حكم الأب ـ عند فقده ـ في جميع أحكامه ، بل اختلفا في بعضها كما في الغراوين ٠ وقد أشبه الجد الأخ في بعض الأحكام ـ ومن ذلك ما ذكره صاحب السراجية من أنه اذا كان للصغير جد وأم ـ فان نفقته تكون عليهما أثلاثا على اعتبار الميراث ، كما على الأخ والأم ، كذلك لا تجب صدقة الفطر للصغير على الجد ، والصغير لا يصير مسلما باسلام

---

(١) المصدر السابق ٠

الجد ، واذا أقر بنافلة وابنه حي ـ لا يثبت النسب بمجرد اقراره ، وغير ذلك . وحينئذ فلا مرجح للجد على الاخوة والأخوات المذكورين .

الثالث : ـ أن ولد الأب يدلى بالأب فلا يسقط بالجد كأم الأب .

الرابع : ـ أن الأخ يعصب أخته ، فكان كالابن فى أن كلا منهما ذكر يعصب اخته ، ولا كذلك الجد فكان أقوى ، وكما أن الجد لا يحجب الابن ـ كذلك لا يحجب الاخوة .

الخامس : ـ أن فرع الأخ (ابن الأخ) يسقط فرع الجد (العم) ، وقوة الفرع تدل على قوة الأصل ، والأول يدلى بالاب والثانى يدلى بالجد .

السادس : ما روى عن زيد ـ رضى الله عنه ـ من تشبيه الجد بساق الشجرة وأصلها ، والأب بغصن منها ، والاخوة بفروع من ذلك الغصن ـ فان كل فرع أقرب الى الآخر منه الى أصل الشجرة ـ ألا ترى أنه اذا قطع أحد الفرعين امتص الآخر ما كان يمتصه المقطوع ، ولم يرجع الى الساق . كذلك روى عن علي رضى الله عنه تشبيه الجد بالبحر أو النهر الكبير، والأب بخليج منه ، والميت وأخيه بالساقيتين من الخليج ، ولا شك أن الساقية الى الساقية أقرب منها الى البحر ـ ألا ترى أنه اذا سدت احداهما ـ أخذت الأخرى ماءها ، ولم يرجع الى البحر .

السابع : أن الأخ فرع الأب ، والجد أصله ـ فكان الأخ أقوى لأن البنوة أقوى من الابوة . واذا كان الأخ أقوى وجب أن يسقط الجد به . الا أن الاجماع صدنا عن ذلك ، فلا أقل من ألا يسقط بالجد (١) .

وبالنظر الصحيح فى تلك الوجوه ـ يستبين عدم قوتها وبعد الاقتناع بها فيما عدا الوجهين الأول والثانى . وما

(١) راجع فتح القريب ، والسراجية .

ذكر في الوجه الرابع من قياس الأخ على الابن ــ فساده ظاهر اذ ليست العلة فى عدم حجب الجد للابن ما ذكر في هذا الوجه حتى يصح قياس الأخ عليه .

وقد ظهر من حجج الفريقين أن سبب اختلاف الأئمة والفقهاء من الصحابة والتابعين وسائر المجتهدين ــ في مسالة الجد مع الاخوة : تعارض الأحكام والأقيسة ــ على ما بينا من قبل .

٥ ــ المنتصرون لكل من الفريقين

(أ) وقد انتصر للرأى الثانى القائل بتوريثهم مع الجد : الأئمة الثلاثة ، والصاحبان من الحنفية ، ونخص بالذكر من هؤلاء الامام الشافعى رضى الله عنه : فقد قال فى رسالته ما خلاصته : « أليس يقول الجد أنا أبو الميت ، ويقول الأخ أنا ابن أبى الميت ، فكلاهما يدلى بقرابة الأب ، والأب الذى يدلى كلاهما به : قرابته بالأخ كونه ابنه ، وقرابته بالجد أنه أبوه ، والابن مقدم فى الاستحقاق على الأب اذ يأخذ أكثر منه ، واذا كان كذلك فقرابة الأخ أقوى من قرابة الجد . ولو كان أحدهما محجوبا بالآخر ــ لكان يحجب الجد بالأخ . ولولا اجماع الصحابة على أنه يرث مع الاخوة لحجبه ــ ثم أيد حجته هذه بحجة أخرى ــ هى أن ميراث الاخوة ثابت فى الكتاب ، ولا ميراث للجد فى الكتاب ، وميراث الاخوة أثبت فى السنة من ميراث الجد .

كذلك انتصر لهذا الرأى المشرع المصرى فى قانون المواريث الجديد رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بعد أن كان المتبع فى التشريع المصرى قبل صدور هذا القانون ــ العمل بمذهب الامام أبى حنيفة وبعض فقهاء الصحابة من أن الجد كالأب فى حجب الاخوة الأشقاء أو لأب ، فعدل عن هذا الرأى فى القانون الجديد : حيث أخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة ــ بتوريث هؤلاء الاخوة .

مع الجد . ولكن المذكرة التفسيرية للقانون لم تتجه في ترجيح هذا الرأي إلي الأدلة المشهورة والحجج المأثورة عن القائلين بتوريث الاخوة مع الجد ، بل استندت الى ظهور المصلحة في الأخذ بهذا الرأى فقالت : « كثيرا ما يموت الشخص حال حياة أبيه ، فيرثه والده وأولاده ، ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده واخوته ، فيحجب الجد الاخوة ، ولا يأخذ أحد منهم شيئا ، مع أن الجد يكون غنيا ، فاذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما في ذلك ما أخذه عن أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ، ولا يأخذ أولاد ابنه شيئا منه ، فكان الأخذ بغير المذهب الذى كان معمولا به رعاية لهؤلاء الاخوة الذين لا ينالون شيئا من تركة جدهم (١) » .
ومن الواضح أن هذه الحالة التى ساقتها المذكرة التفسيرية غير مطردة ، فقد تتحقق حينا ، وربما لا تتحقق حينا آخر ، ولذلك كان يجدر بواضعي تلك المذكرة أن يستندوا فيما اختاروه من رأى الى أساس ثابت يصح تحققه في جميع الأحوال .

(ب) وانتصر للرأى الأول من الأئمة الأربعة الامام أبو حنيفة ، كما انتصر له ابن رشد في الجزء الثاني من كتابه « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » والامام ابن القيم في الجزء الأول من كتابه « اعلام الموقعين » وردا على المخالفين له .

وخلاصة ما قاله ابن رشد أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض القياس في هذا الباب ، وأنه اذا قيل : « أى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعي ؟ » ـ كان قياس من ساوى بين الأب والجد هو الأرجح ـ لأن الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة ، واذا لم يحجب الابن الجد ، وهو يحجب الاخوة ـ فالجد يجب أن يحجب من يحجبه الابن .

---

(١) المذكرة التفسيرية لقانون المواريث عند شرحها للمادة ٢٢ منه .

والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وانما هـو مشارك له في الأصـل ، والأصـل أحق بالشيء من المشـارك له في الأصل ٠

كذلك لا معنى لقول من قال : ان الأخ يدلى بالبنـوة ، والجد يدلى بالأبوة : فان الاخ ليس ابنا للميت ، وانما هـو ابن أبيه ، والجد ابو ابى الميت ٠ والبنوة انما تكون أقوى في الميراث من الابوة اذا كانت في المورث نفسه ٠ أما البنوة التي تكون لأبى المورث فليس يلزم أن تكون في حق المورث أقوى من الابوة التي تكون لأبيـه ـ لأن الابـوة التي لأبى المورث أبوة ما وان بعدت ٠ أما بنوة الأب فليست ببنوة ما للمورث ـ لا قريبـة ولا بعيـدة ٠ فالقـول بأن الأخ يدلى بالبنوة ، والجد يدلى بالابوة مغالطة واضحة ٠

وبالجملة : الأخ لاحق من لـواحق الميت ، وكأنه أمـر عارض ٠ والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشيء من لاحقه (١) ٠ وقياس الأخ على الابن ـ فساد ظاهر ٠

أما ابن القيم فقد انتصر أيضا لمذهب الصـديق ومن وافقه من الصحابة ـ رضى الله عنهم أجمعين ـ القـائل بأن الجد يحجب الاخوة مطلقا ٠ واستدل على ذلك بعشرين وجها ـ مما يدل على رسوخ ملكته ، وفواق حجته في التشريع ومن هذه الوجوه :

الأول : دلالة القرآن على ذلك القول : ووجه هذه الدلالة قوله تعالى : « يستفتونك ، قل الله يفتيكم في الكلالة : ان امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت ـ فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » ـ الى آخر الآية ـ فلم يجعل للاخوة ميراثا الا في الكلالة ٠ وقد اختلف الناس في الكلالة ، والكتاب يدل على قول الصديق : انها ما عدا الوالد والولد : فانه سبحانه قال في ميراث ولد الأم : « وان كان رجل يورث

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ (ميراث الجد) ٠

كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث » ـ فاذا كان وجود الجد مع الاخوة للأم لا يدخلهم في الكلالة ، ويمنع صدق اسمها على الميت أو عليهم أو على القرابة ، ويترتب على ذلك حجبهم من الميراث ـ فكذلك وجوده مع ولد الأب يمنع من تحقق الكلالة وصدق اسمها ، وينفي عنهم الكلالة ، فلا يرثون معه . والا كان هذا تفريقا محضا بين ما جمع الله بينه .

الثاني ان ولد الولد يخرج المسألة عن كونها كلالة لدخوله في قوله (ليس له ولد) ونسبة ابي الأب الى الميت كنسبة ولد ولده اليه ـ فكما أن الولد وان نزل يخرج المسالة عن الكلالة ، فكذلك أبو الاب وان علا، ولا فرق بينهما البتة .

الثالث : ـ أن الله ـ سبحانه ـ سمي الجد أبا في قوله تعالى : « ملة أبيكم ابراهيم » ، وقوله « كما أخرج ابويكم من الجنة » وسمى ابن الأبن ابنا ـ كما في قوله : « يا بني آدم » « يابني اسرائيل » وكذا في قول النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا بني اسماعيل ، فان أباكم كان راميا » والأبوة والبنوة من الأمور المتلازمة المتضايفة يمتنع ثبوت أحدهما بدون الآخر ، وعلى ذلك يمتنع ثبوت البنوة لابن الاين الا مع ثبوت الأبوة لأبي الأب .

الرابع : ـ أن الجد لو مات ورثه بنو بنيه دون اخوته باتفاق الناس ـ فهكذا الأب اذا مات ـ يرثه أبو أبيه دون اخوته ـ وهذا معنى قول عمر لزيد ـ رضى الله عنهما ـ : كيف يرثني أولاد عبد الله دون اخوتي ، ولا أرثهم دون اخوتهم ـ فهذا هو القياس الجلي والميزان الصحيح الذي لا تطفيف فيه .

الخامس : ـ أن قاعدة الفرائض وأصولها تقضي بأن قوة القرابة المدلية بواسطة ـ اذا كانت من جنس قرابة الواسطة تكون أقوى مما اذا اختلف جنس القرابتين ، وبعبارة

أخرى : المعروف فى باب الفرائض أن القرابة التى هى من جنس واحد أو القرابة البسيطة وان بعدت أقوى من القرابة المركبة من جنسين وان قربت ·

ومما لا شــك فيــه أن قرابة الجد قرابة بسيطة ـ من جنس قرابة الواسطة المدلـيـة بهـا ، وهى قرابة الابوة ، ولا كذلك قرابة الأخوة ، فانها قرابة مركبة من جنســين ، وهى بنوة الأبوة ـ وعلى ذلك فقرابة أبوة الأبوة وان علت أقوى من قرابة بنوة الأب وان قربت · وقد ظهــر اعتبــار هذا فى تقديم جد الجد وان علا على ابن الأخ وان قرب لأن القرابة التى يدلى بها الجد من جنس واحــد وهى الأبوة ـ والقرابة التى يدلى بها الأخ وبنوه من جنسين ـ وهى بنــوة الأبوة ولهذا قدمت قرابة ابن الأخ على قرابة ابن الجد لأنها قرابة بنوة أب ، وتلك قرابة بنوة أبى أب ·

السادس : ـ أن الجد أب فى باب الشهادة والقصاص ، والمنع من دفع الزكاة اليه ، وفى سقوط القطع فى السرقة ، وأب ـ عند الشافعى ـ فى باب الاجبار فى النــكاح ، وفى الرجوع فى الهبة وفى اسلام ابن ابنه ـ تبعا لاسلامه ـ ، وهو أب ـ عند الجميع ـ فى باب الميراث ـ عند عدم الأب ـ فرضا وتعصيبا ، فى غير محل النزاع ـ فما الذى أخرجه من أبوته فى باب الجد والاخوة ؟

السابع : أن الجد يقوم مقام الأب فى التعصيب ، ويقدم على كل عصبة ، يقدم عليه الأب ـ فما الذى أوجب استثناء الاخوة خاصة من هذه القاعدة ·

ان كان الموجب لذلك قوتهم ـ وجب تقديمهم عليــه ، وان كان مساواتهم له فى القرب · وجب اعتبارها فى بنيهم وآبائهم لاشتراكهم فى السبب الذى اشترك فيه هو والاخوة وهذا اعتراض يصعب دفعه من المخالف ·

الثامن : ما ورد عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ من قوله : « الحقوا الفرائض بأهلها ـ فما بقى فلأولى رجــل

ذكر » ـ فاذا ماتت المرأة عن زوجها وأمها وأخيها الشقيق وجدها ، وأردنا معرفة استحقاق كل واحد منهم فى تركتها ـ بالاستناد الى دلالة الكتاب والى هذا الحديث ـ كان واجبا أن نعطى الزوج النصف ، والأم الثلث ، ثم نعطى الباقى وهو السدس لأولى رجل ذكر : فان كان هو الأخ كان أحق بالسدس الباقى وحده ، وان كان الأخ والجد سواء فى الأولوية ـ وجب أشتراكهما فيه ، وان كان الجد أولى رجل ذكر وجب أن ينفرد بالباقى ـ بالنص ٠

التاسع : أن تمثيل الأخ والجد بالشجرة التى خرج منها غصنان ، وبالنهر الذى خرج منه ساقيتان ـ باطل ، لأنه يتنافى مع قاعدة الفرائض التى شرحناها فى الوجه الخامس ، لأن أصل الشجرة أولى بغصنها من الغصن الآخر ، والنهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه : فان هذا صنوه ونظيره الذى لا يحتاج اليه ، وذلك أصله وحامله الذى يحتاج اليه ٠ واحتياج الشيء الى أصله أقوى من احتياجه الى نظيره ، فأصله أولى به من نظيره ـ على أن قياس القرابة على القرابة ، والأحكام الشرعية على مثلها أولى من قياس قرابة الآدميين على الأشجار والأنهار ـ مما ليس فى الأصل حكما شرعيا ٠

العاشر : أن القائلين بتوريث الاخوة مع الجد لم يقولوا فى التوريث قولا يدل عليه نص ولا اجماع ولا قياس ـ مع تناقضهم واختلاف أقوالهم : فان من المورثين من يزاحم به الى الثلث ، ومنهم من يزاحم به الى السدس ، وليس فى الشريعة من يكون عصبة يقاسم عصبة نظيره الا الجد ، ثم يفرض له بعد ذلك : فلم يجعلوه مع الاخوة عصبة مطلقا ، ولا ذا فرض مطلقا ، ولا قدموه عليهم مطلقا ، ولا ساووا به مطلقا ٠ ثم فرضوا له سدسا أو ثلثا بغير نص ولا اجماع ولا قياس ٠ ثم فى رأى بعضهم حسبوا عليه الاخوة من الأب ، ولم يعطوهم شيئا اذا كان هناك اخوة لأبوين ٠ ثم

جعلوا الأخوات معه عصبة الا فى صورة واحدة ــ فرضــوا فيها للأخت ، ثم عادوا فأخذوا فرضها وأخذوا ما أصــابه الجد ــ فقسموه بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ٠

أما المقدمون للجد على الاخوة فقد سلم رأيهم من هــذا كله ٠

الحادى عشر : ــ أن من القائلين بتوريث الاخــوة مع الجد ــ من يتضمن قوله تعصيب الجد للأخوات، وهو تعصيب الرجل جنسا آخر ــ ليس من جنسه ٠ وهذا لا أصل له فى الشريعة ــ انما يعرف فيها تعصيب الرجال للنساء اذا كانوا من جنس واحد ــ كالبنين والبنات ، والاخوة والأخوات ٠ ولا ينتقض هــذا بالأخوات مع البنــات ــ فان الرجال لم يعصبوهن ، وانما عصبن مع البنات ، ولم تشترك البنــات معهن فى الارث بالتعصيب ٠ ولما كان تعصيب البنين أقوى كان الميراث لهــم دون الأخــوات ــ بخــلاف قول من عصب الأخوات بالجد فانه عصبهن بجنس آخر أقوى تعصيبا منهن ٠ وهذا لا عهد له فى الشريعة البتة (١) ٠

هذه خلاصة أدلة من انتصر للرأى الأول ٠ ومع ما فيها من استقصاء وقوة ، ودفع لحجج الرأى الثانى ــ لا نستطيع اغفال ما فى الرأى المقابل من قوة ومراعاة لمصلحة راجحة ، قد تتحقق بتوريث الاخوة مع الجد ٠

ولهذا نرى تقارب الرأيين من حيث الاختيار والترجيح، وأن ايثار أحدهما على الآخر يرجع فيه الى استفتاء النفس واطمئنانها والى مراعاة الأحوال المختلفة ، واذا كان لابد من نوع من الترجيح فنحن نميــل الى الرأى الأول ٠ ونرى مع ذلك ــ اذا أختير فى التشريع أن يحتــاط ــ مراعاة للرأى الثانى ، ولحق الاخوة ــ فتقدر وصية واجبة لهم اذا كانوا محتاجين ، على أن يراعى فى تقديرها ــ القــدر المســتحب المروى عن السلف (٢) ٠

---

(١) اعلام الموقعين جـ ١ من ص ٣٢٧ الى ص ٣٣٤ من الطبعة المنيرية ٠

(٢) سبق بيان ذلك فى مبحث الوصية ٠

٦ ـ طرائق التقسيم على الرأى الثانى

اتفق الأئمة الثلاثه على بن أبى طالب ، وزيد بن ثابت، وابن مسعود ـ رضى الله عنهم ـ على توريث الاخوة مع الجد ـ على ما أسلفناه من قبل ـ ولكنهم اختلفوا فى طرائق التقسيم ، ونحن مبينون لك ـ فيما يلى ـ طريقة كل منهم ·

أ ـ طريقة الامام على فى توريث الاخوة مع الجد :

المشهور عنه أن طريقته تتلخص فى ثلاث حالات :

الأولى : أنه اذا وجد مع الجد اخوة لأب وأم ، أو لأب ـ سواء أكانوا ذكورا فقط ، أم ذكورا واناثا ـ قاسمهم الجد ـ كأخ ما لم تنقصه المقاسمة عن السدس ، فان نقصته عنه رد الى السدس ـ سواء أكان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفروض أم لا · وانما لم ينقص عن السدس لأنهم لما أجمعوا على أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئا ـ كان أحرى ألا ينقصه الاخوة : فاذا كان معه اخوان لأب وأم أو ثلاثة أو أربعة ـ فالمقاسمة خير له ، واذا كانوا خمسة ـ فالمقاسمة والسدس سواء ، وان كانوا ستة كان السدس خيرا له ، وهكذا ·

الثانية : أن يكون مع الجد أخت أو أخوات ، وفرع وارث مؤنث ـ كبنت أو بنت ابن · وفى هذه الحالة تصير الأخوات عصبة مع الفرع الوارث المؤنث ، ويفرض للجد السدس (١) · وقد يترتب على ذلك أنه فى بعض الصور تأخذ الأخت أكثر من الجد ـ كما فى بنت وأخت شقيقة وجد : فان للبنت النصف ، وللجد السدس ، وللأخت الباقى، وهو الثلث ·

---

(١) ورد فى بعض الكتب أن سبب اعطاء الجد السدس فى هذه الحالة أن عليا رضى الله عنه ـ يرى أن الجد لا يجمع الفرض والتعصيب ـ راجع أحكام التركات للأستاذ محمد أبو زهرة ص ١٥٨ طبعة ١٩٤٩م · والظاهر أنه عدل عن توريثه بالتعصيب أيضا فى هذه الحالة ـ لأن الأخوات صرن عصبة مع البنات ، فاقتصرت على الارث بالفرض · ولا يقال : لماذا لم يعصب هو الأخوات ـ لأن من أصول طريقة على أن الجد لا يعصبهن ·

الثالثة : أن يكون مع الجد أخت أو أخوات منفردات ، وليس معهن أخ ولا فرع وارث مؤنث • وفي هذه الحالة ـ يرى أن الجد لا يعصب الأخوات ، بل تكون الأخت معه ، أو الأخوات صاحبات فرض ، وله الباقي ـ تعصيبا ـ بعد فرضهن ـ ما لم ينقص عن السدس ، فاذا كان معه أخت شقيقة وأخت لأب ـ فللأولى النصف ، وللثانية السدس ، وللجد الباقي •

واذا وجدت مع الجد أخت شقيقة أو أكثر ، وأولاد أب ، سواء أكانوا ذكورا ، أم ذكورا واناثا ـ أخذت الشقيقات فرضهن ، وقاسم الجد أولاد الأب ، ما لم ينقصه ذلك عن السدس ـ ونوضح ذلك بالمثالين الآتيين :

١ ـ ففي أخت شقيقة وأخ لأب وجد ـ تأخذ الشقيقة النصف ، والنصف الآخر بين الأخ لأب والجد ـ مناصفة بينهما •

٢ ـ وفي أم وجد وأخت شقيقة ، وأخوين لأب ، وأخت لأب ـ تأخذ الأم السدس ، والشقيقة النصف ، والجد السدس ، والباقي لولد الأب • وانما أخذ الجد السدس ـ لأن المقاسمة مع أولاد الاب تنقصه عنه • وأصل المسألة من ستة ، ولكنها تصح من ثلاثين : للأم خمسة ، وللشقيقة ١٥ ، وللجد ٥ ـ ولأولاد الأب ، ٥ ـ للأخت سهم ، ولكل من الأخوين سهمان (١) •

أما اذا كان مع الشقيقة أولاد الأب الاناث ـ فان ارثهن يكون من طريق الفرض ، وللجد الباقي (ما لم ينقص عن السدس) ـ بناء على أصل على رضي الله عنه في أن الجد لا يعصب الأخوات المنفردات •

---

(١) وعند الامام زيد ـ كما سيأتي في طريقته ـ : للأم السدس ؛ وللجد ثلث الباقي لأنه الأحظ للجد ؛ وللشقيقة النصف ، ولأولاد الأب الباقي ـ فالمسألة من ١٨ : للأم ثلاثة ، وللشقيقة تسعة ، وللجد خمسة ، ولأولاد الأب الباقي ، وهو سهم • وبما أنه لا ينقسم على خمسة عدد رؤوسهم ـ فضرب الخمسة في أصل المسألة وهو ١٨ ، فتصح من تسعين • وتسمى تسعينية زيد ـ رضي الله عنه •

كذلك من أصول طريقته أن الأشقاء لا يعـدون أولاد الاب على الجـد ـ اذا اجتمعوا معهم : فاذا كان مع الجـد أخ شقيق وأخ لأب كان المال نصفين بينه وبين الأخ الشقيق • وهو بهذين الأصلين قد خالف طريقة الامام زيد التى سيأتى بيانها ـ فى أهم ما اشتملت عليه •

وقد لخص صـاحب فتح القريب (١) رأى الامام عـلى فقال : مذهبه المشهور عنه : « له الباقى بعد فرض الأخوات ان لم يكن معهن أخ ـ ما لم ينقص عن السدس • والا قاسم ما لم تنقصه المقاسمة عن السدس ولم يكن أحد من البنات أو بنات الابن ـ فان نقصه عنه ، أو كان الباقى بعد فرض الأخوات أقل منه ، أو كان معه أحد من البنات أو بنات الابن ـ فرض له السدس » ووافقه على هذه الطريقة ابن أبى ليلى، والحسن بن زياد ، والامامية •

هذا هو مذهبه المشهور وروى عنه كرم الله وجهه ـ أنه كواحد منهم أبدا لأنه لما قاسمهم عند قلتهم ، فـكذا عنـد كثرتهم (٢) • وهو رأى الناصر ـ كما روى عنـه أن الجـد يسقط (٣) الاخوة كرأى أبى بكر رضى الله عنه •

(ب) طريقة الامام زيد بن ثابت :

للجد (٤) مع الاخوة حالتان أصليتان ، وتتفرع من كل منهما حالات أخرى : الأولى : ألا يكون معهم صاحب فرض، وحينئذ يكون للجد خير الأمرين : من ثلث المال ومقاسـمة الاخوة كأخ منهم سواء أكانوا ذكورا ، أم اناثا ، أم مختلطين

---

(١) جـ ١ ص ٤٧ •

(٢) المصدر السابق •

(٣) راجع السبتى فى شرحه على الرحبية ، ونيل الأوطار ، وفتح البـارى ، وفتح القريب •

(٤) ذكر السبتى فى شرحه على الرحبية أن المراد من الجد ـ هنا هو أبو الأب وان علا • وخالف الغزالى والجرجانى فى ذلك ، وقالا : ليس لأبى الجـد وان علا مع الأخوة الا السدس فقط ، ولا يقاسم الأخوة • والذى عليه الجمهور هو الأول •

حتى يعصب اناثهم الخلص ، فيأخـذ عنـد المقاسـمة ـ مثلى الأنثى • أما المقاسمة فلانها الأصل فى جعلهم فى درجـته وأما عدم نقصانه عن الثلث فقد اختلفت عبـارات العلمـاء والمؤلفين فى تعليله : فعلله كما فى السراجية بأنه اذا قسم المال بين الأبوين فللأم الثلث وللأب الباقى ، وهما فى الدرجة الأولى ولما كان الجد والجدة فى الدرجة الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه ـ أعنى الثلث • وضـعف هـذا التعليل واضح ، وقيل فى تعليله كما فى بداية المجتهد : ان الجد يحجب الاخوة للأم ، فلا يحجب عما يجب لهم ، وفى فتح القريب ، أن بنى الأعيان وبنى العلات لا ينقصون الاخوة للأم عن الثلث ـ فمن باب أولى لا ينقصون الجد عنـه لأنه يحجبهم • وقيل لأن الجد اذا اجتمع مع البنـات وحـدهن لا يأخـذ أقل من الثلث فأولى أن يكـون كذلك مع الاخـوة والأخوات ، ولا يخفى أن كل ما ذكر لا يسلم من النقد •

وتحت هذه الحالة ثلاث حالات فرعية :

(أ) أن تكون المقاسمة خيرا له من الثلث ـ وهذا اذا كان معه من الاخوة والأخوات أقل من مثليه • وينحصر ذلك فى خمس صور ، وهن : (١) جد وأخت ، (٢) وجد وأختان (٣) وجد وثلاث أخوات (٤) وجد وأخ (٥) وجد وأخ وأخت ـ فالمقاسمة أفضل وأحظ للجد فى جميعها : اذ له فى الأولى الثلثان ، وفى الثانيـة والرابعة النصـف ، وفى الثـالثة والخامسة الخمسان ، وهى فى كل صورة أكثر من الثلث •

(ب) أن يكون الثلث خيرا له من المقاسمة ـ وهـذا اذا زاد الاخوة على مثليه : كجد وثلاثة اخوة ، أو خمس أخوات• ولا تنحصر صوره ـ لأن الزيادة غير منحصرة •

(ج) أن تستوى له المقاسمة والثلث • وهذا اذا كانوا مثليه ـ وينحصر فى ثلاث صور هى : (١) جـد وأخـوان (٢) وجد وأربع أخوات (٣) وجد وأخ وأختان •

الحالة الثانية الأصلية : أن يكون مع الجد والاخـوة ذو فرض أو أصحاب فروض فان كان الباقي بعـد فروضـهم أكثر (١) من السـدس : فللجد الخير من امـور ثلاثة : من سـدس جميع المال ، وثلث الباقي بعـد فروض أصحاب الفروض والمقاسمة ٠

أما السدس فلأن الأولاد لا ينقصـونه عنه ـ فالاخـوة أولى ـ وأما ثلث الباقي فلقياسه عـلى الام فى الغراوين لأن لكل منهما ولادة ، ولم نعطه ثلث الكل ـ كما فى الحالة الأولى لاضراره بالاخوة ٠ والمقاسمة لنزوله منزلة الأخ على ما سبق بيانه ـ ويتصور فى هذه الأمور الثلاثة سبعة أحوال :

(أ) أن يتعين للجد المقاسمة لأنها خير له من السـدس وثلث الباقى ـ كما فى أم وجد وأخ ٠ وهو واضح ٠

(ب) أن يتعين له ثلث الباقى ـ كما فى أم وجد وثلاثة اخوة : فانك اذا اعتبرت الأصل ٧٢ كان للجد ـ على اعتبار المقاسمة ١٥ ، وعلى اعتبار السدس ١٢ ، وعلى اعتبار ثلث الباقى ٢٠ ٠

(جـ) أن يتعين له السدس ـ كما فى زوجة وبنتين وجد وأخ ـ فانك اذا اعتبرت الأصل ٢٤ ـ كان البـاقى بعـد الفروض ٥ ـ للجد منها على اعتبار المقاسمة ٢٫٥ ، وعـلى اعتبار ثلث الباقى ١⅔ ـ فسدس الجميع وهو أربعة خير له منهما فيأخذه ٠

---

(١) فان لم يبق بعد نصيب ذوى الفروض أكثر من السدس ـ فلا شىء للاخوة ـ ولذلك ثلاث حالات :

الأولى : ألا يفضل الا السدس : كبنتين وأم وجد وأخ ـ فيفرض للجد السدس ، ويسقط الأخ لانه عصبة لم يبق له شىء ٠

الثانية : ان يفضل عن الفروض أقل من السدس ـ فيفرض للجد السدس عائلا : كزوج وبنتين وجد وأخ ، ولا شىء للأخ كذلك لما مر ٠

الثالثة : ان تستغرق الفروض جميع المال ٠ كزوج وبنتين وأم وجد وأخ ـ فيفرض للجد السدس وتعول الى ١٥ ، ويسقط الأخ ٠ ومثل ذلك اذا كان فى موضع الأخ فى هذه الأحوال الثلاث أخت واحدة أو أكثر أو اخوة سواء كانوا ذكورا فقط أم مختلطين ـ فانهم يسقطون الا الأخت فى الأكدرية ٠ وستأتى ٠

(د) استواء المقاسمة وثلث الباقى ، وكلاهما خير من سدس المال ــ كما فى أم وجد وأخوين ٠

(هـ) استواء المقاسمة وسدس المال ، وكلاهما خير من ثلث الباقى ــ كما فى زوج وجدة وجد وأخ ٠

(و) أن يستوى ثلث الباقى وسدس المال ، وكلاهما خير من المقاسمة ــ كما فى زوج وجد وثلاثة اخوة ٠

(ز) أن تستوى (١) الأمور الثلاثة ــ كما فى زوج وجد وأخوين ٠

فاذا أضفت الى هذه الأحوال السبع الثلاث المذكورة فيما اذا لم يكن معهم ذو فرض ــ تمت للجد عشر حالات كاملة ٠ ذلك ــ ومن تمام هذه الطريقة بحث مسألتين لابد من الالمام بهما حتى تفهم طريقة زيد بن ثابت ــ رضى الله عنه ــ على حقيقتها :

الأولى : مسألة المعادة والاضرار بالجد

وذلك أن من أصول هذه الطريقة انه اذا كان مع الجد أولاد لأبوين وأولاد لأب جميعا ــ فعند زيد يعد أولاد الأبوين على الجد ولد الأب فى الحساب لينقص بسببهم نصيبه ــ فاذا أخذ الجد نصيبه ــ أخذ الباقى ولد الابوين ، وسقط ولد الأب ٠ ومعنى ذلك أن بنى العلات يدخلون فى القسمة مع بنى الاعيان ــ اضرارا للجد ولنقص نصيبه ــ فاذا أخذ الجد نصيبه فبنوالعلات يخرجون منالبين خائبين بغير شىء ٠ والباقى من المال بعد نصيب الجد لبنى الأعيان ٠ وخالف زيدا فى هذا الأصل على وابن مسعود ، فانهما قالا : ان بنى العلات لا يعتد بهم فى المقاسمة مع بنى الأعيان ٠ ولتوضيح طريقة زيد فى ذلك ــ نذكر الأمثلة الآتية :

---

(١) عند استواء المقاسمة وغيرها ــ قيل يرث الجد بها ، وقيل يرث بالفرض : فيقال له السدس أو الثلث أو ثلث الباقى ٠ وقيل يخير المفتى ، والراجح التعبير بالفرض ٠

١ ــ ففى جد وأخ شقيق وأخ لأب ــ نعد الأخ لأب ، فتستوى المقاسمة والثلث للجد ، فنعطيه الثلث ، والباقى للأخ الشقيق ــ لأنه لو لم يكن جد لاستقل بالجميع ، فيستقل بالباقى بعد حظ الجد ، ويخرج الأخ لأب خائبا ، وان دخل فى الحساب ، وتكون المسألة من ثلاثة : سهم للجد ، وسهمان للشقيق ٠

٢ ــ وفى جد وأخ شقيق ، وأخت لأب ــ تكون المقاسمة خيرا للجد ، فله سهمان من خمسة ، وللشقيق الثلاثة الباقية ، وتسقط الأخت لأب ــ بعد عدها على الجد ٠

٣ ــ وفى أم وجد وأخ شقيق وأخت لأب ــ يكون للأم السدس ، وللجد خمسا الباقى لأن المقاسمة خير له، وللشقيق الباقى ، ولا شىء للأخت للأب ، وتصح المسألة من ستة ٠

وانما عد الأشقاء أولاد الأب على الجد ــ عند الامام زيد ــ لأنهم يقولون للجد : منزلتنا ومنزلتك معهم واحدة ، فيدخلون معنا فى المقاسمة ثم يقولون لأولاد الأب : أنتم لا ترثون معنا ، وانما دخلتم فى المقاسمة للتأثير فى الجد ، فنأخذ حقنا معكم كأن لم يكن جد ، ولأن الجد ذو ولادة ، فحجبه أخوان : وارث وغيره ، كالأم ٠ وانما لم يعد الجد ولد الأم على ولد الأبوين لاختلاف الجهة (١) ٠

ويستثنى من سقوط أولاد الأب ــ ما اذا كان ولد الأبوين شقيقة واحدة فانه اذا بقى شىء بعد مقدار فرضها (وهو نصف الكل) ، وبعد حصة الجد وذى الفرض ان كان ــ فهو لولد الأب ، والا فلا شىء له ــ يوضح ذلك الأمثلة الآتية :

١ ــ ففى جد وأخت شقيقة وأختين لأب : المقاسمة خير للجد لأنا نجعله كالأخ ، ونعد الأختين لأب ، فكأن فى المسألة خمس أخوات : للجد سهمان ، وللأخت الشقيقة نصف الكل :

---

(١) فتح القريب جـ ١ ص ٥٥ ٠

سهمان ونصف ، فيبقى نصف للأختين لأب، وتصح المسألة من عشرين : للجد ثمانيـة ، وللشـقيقة عشرة ، وللأختين لأب سهمان : لكل أخت سهم • وتسمى عشرينية زيد • وعنـد على : للشقيقة النصف • وللأخت من الأب السدس ، والباقى للجد ، وتصح من اثنى عشر •

٢ ــ وفى جد وأخت شقيقة وأخ لأب : يكون أصـل المسألة من خمسة للجد سهمان ، لأن المقاسمة خير له من الثلث. وللأخت نصف الكل : سهمان ونصف، وللأخ من الأب الباقى: نصف سهم : وتصح من عشرة : للجد أربعة وللأخت خمسة وللأخ سهم • ولذلك تسمى عشرية زيد ــ رضى الله عنـه • وعلى طريقة على ــ رضى الله عنه ــ يكون للأخت النصـف ، والباقى بين الجد والأخ للأب ــ مناصفة بينهما (١) •

٣ ــ وفى جد وأخت شقيقة وأخت لأب ــ تكون المقاسمة أيضا خيرا للجد ، وتكون المسألة من أربعة : للجـد نصفها اثنان ، وللشقيقة نصف الـكل : اثنان أيضـا ــ فلا يبقى للأخت من الأب شىء • وعند على : للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت للأب السدس ، والباقى للجد •

٤ ــ وفى أم وجد وأخت شقيقة وأخ لأب : للأم السدس : سهم ، وللجد سهمان ــ مقاسمة ــ وللأخت النصـف ثلاثة ، ويسقط الأخ للأب ، ولا يخفى التقسيم عـلى طريقة عـلى ــ رضى الله عنه •

الثانية : تعصيب الجد للأخوات

كذلك من أصول طريقة زيد أن الأخت الشقيقة أو لأب ــ واحدة أو أكثر ــ لا تجعل صاحبة فرض مع الجـد ــ فى غير مسائل المعادة ــ على ما سبق بيانه ــ بل يجعلهـا معـه عصبة الا فى المسـألة الأكدرية ، وهـذا معنى قـول بعض

---

(١) المصدر السابق جـ ١ ص ٥٧ •

الفرضيين : لا يفرض للأخت مع الجد ـ فى غير القبيلين (١) ـ الا فى الأكدرية ـ ففى جد وأخت واحدة أو أختين أو ثلاث ـ يقاسمهن الجد : للذكر مثل حظ الأنثيين ٠ أما فى الأكدرية التى سيأتى بيانها ـ فانه يجعل الأخت فيها صاحبة فرض مع الجد ابتداء ، وان صارت عصبة انتهاء(٢) ٠ وهذا هو الأصل الثانى الذى يخالف به الامام زيد الامامين عليا وابن مسعود فى طريقة التقسيم ، وذلك لأنهما يقولان : ان الأخوات المفردات ذوات فرض مع الجد ، ولا يصرن عصبة به ٠

المسألة الاكدرية

الكلام فيها ينحصر فيما يأتى : ١ ـ صورتها ٢ ـ حلها الحسابى وتصحيحها ٠ ٣ ـ أركانها ـ ٤ ـ آراء العلماء فيها ٠ ٥ ـ المعاياة بها ٠ ٦ ـ علة تسميتها بالأكدرية ٠ ٧ ـ الأكدرية فى دائرة المعارف الاسلامية ٠

١ ـ صورتها : ان تموت امرأة عن : زوج ، وأم ، وجد ، وأخت لأبوين أو لأب ـ فللزوج النصف : ثلاثة من ستة ، وللأم الثلث : اثنان ، وللجد السدس فرضا ، وهو السهم الباقى ـ فيفرض للأخت النصف لتعذر التعصيب ، ولا حاجب لها يسقطها فتنقلب الى فرضها كالجد، وبذلك تعول المسألة من ستة الى تسعة ٠ ثم يضم سدس الجد الى نصفها ٠ وبعد هذا الضم يعودان الى المقاسمة ـ لأنها لو استقلت بما فرض لها لزاد نصيبها على نصيب الجد الذى هو كالأخ ، ولنزل هو عن السدس ، وكلا الأمرين ممتنع ، فيتقاسمان نصيبهما ، وهو أربعة فللذكر مثل حظ الانثيين ٠ ولأن أربعة لا تستقيم فى القسمة على ثلاثة ـ يضرب عدد الرءوس وهو ثلاثة ٠٠ لأن الجد بمنزلة أختين ٠٠ فى عول المسألة ، وهو

---

(١) المراد بالقبيلين : أولاد الأبوين وأولاد الأب (راجع مسائل المعادة) ٠

(٢) يراجع فتح القريب المجيب جـ ١ ص ٥٦ طبعة سنة ١٣٤٥هـ ٠٠

تسعة ٠٠ فيحصل سبعة وعشرون : للزوج تسعة ، وللأم ستة ، وللجد ثلاثة وللأخت تسعة ٠ وبعد ضم نصيب الجد الى نصيب الأخت ، وتقسيم المجموع عليهما أثلاثا ـ يكون للجد ثمانية ، وللأخت أربعة ٠

وهذا اذا لم يوجد مانع من جعلها صاحبة فرض ـ كما هنا ـ أما اذا وجد مانع من ذلك ـ كما اذا وجدت الأخت مع بنت الابن وصارت عصبية معها فانه لا يفرض لها اذا استغرقت الفروض التركة ، أو عالت : كبنتين وأم وجد وأخت ، وكزوج وبنت وأم وجد ٠ وأخت شقيقة أو لأب ـ فلا يفرض لها فى الصورتين لأنها عصبة مع البنت ٠ ولا باقى لها ٠

٢ ـ حلها الحسابى مع تصحيحها :

زوج	وأم	وجد	وأخت شقيقة أو لأب	
١/٢	١/٣	١/٦	١/٢	الأصل ٦
٣	٢	١	٣	بالعول ٩
				جزء السهم ٣
٩	٦		١٢	بالتصحيح ٢٧
٩	٦	٨	٤	

٣ ـ أركان الأكدرية : هى أربعة ـ كما رأيت ـ : زوج أم وجد ، وأخت شقيقة أو لأب ـ فان لم يكن فيها زوج خرجت عن كونها أكدرية ، وكانت الخرقاء (١) ٠ وان لم توجد أم لم تكن أكدرية أيضا وقاسم الجد الأخت فى الباقى

---

(١) وهى : أم وجد وأخت ٠ ولقبت بذلك لتخرق أقوال الصحابة فيها ، أو لأن الأقاويل خرقتها بكثرتها ـ اذ فيها ثمانية أقوال ـ منها مذهب زيد ، وهو رأى الجمهور : للأم الثلث ، والباقى بين الجد والأخت مقاسمة ، وتصح من تسعة ٠ ومذهب أبى بكر الصديق ، وهو رأى الامام أبى حنيفة : للأم الثلث ، والباقى للجد ، ولا شىء للأخت ٠ ومذهب على : للأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد الباقى ٠ وذهب عثمان الى أن للأم الثلث والباقى بين الجد والأخت مناصفة بينهما فجعل المال بينهم أثلاثا ، لكل الثلث = ولذلك عرفت بالمثلثة ٠

بعد فرض الزوج لأن المقاسمة فيها أحظ له • وكذلك اذا لم يكن فيها جد ، وتفوز الأخت بفرضها عائلا• ولو لم تكن أختا لكانت المسألة من ستة : للزوج النصف : ثلاثة ، وللأم الثلث: اثنان ، والباقي وهو واحد للجد • ولو كان بدل الأخت أخ لسقط اذ لا فرض له ينقلب اليه ، بل هو عصبة ، ولم يبق له شيء • ولو كان بدلها أختان ــ فلا عول ولا أكدرية لان المسألة من ستة : للزوج النصف : ثلاثة ، وللأم السدس : واحد ، والباقي وهو اثنان للجد والأختين • فيكون للجد واحد ، وللأختين واحد أيضا ، وهو لا يستقيم عليهما ــ فتصح المسألة من اثنى عشر •

٤ ــ اختلاف الأئمة فيها :

مذهب زيد ــ في الرواية المشهورة عنه ــ هو ما أسلفنا ذكره ، وهو رأى الشافعي ومالك والجمهور ، وروى عن زيد اسقاط الأخت ــ جريا على قياس أصله ، وهو أنها عصبة ، لم يبق لها شيء • ورأى علي : أن للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد السدس لأن ارثه بالتعصيب يحرمه لعدم وجود باق ــ وتعول لتسعة • ومذهب أبي بكر ومن تابعه ــ كأبي حنيفة : حجب الأخت بالجد •• وفي شرح الترتيب ذكر أحمد مع الجمهور ، وفي شرح الماردينى للرحبية ذكره مع أبي حنيفة (١) •

٥ ــ المعاياة بها :

يعايا بالاكدرية : فيقال : هلك هالك ، وخلف أربعة من الورثة ــ أخذ أحدهم ثلث المال • والثاني ثلث الباقي ، والثالث ثلث باقي الباقي ، والرابع الباقي •

= وذهب ابن مسعود في احدى الروايات عنه ــ الى أن للأخت النصف ، وللجد الثلث ، وللأم السدس ، وكان يقول : معاذ الله أن أفضل أما على جد ؛ وفي رواية أخرى عنه : للأخت النصف ، والباقي بين الأم والجد نصفين ، فتصح من أربعة ، ولذلك عرفت بالمربعة لأن ابن مسعود جعلها من أربعة ، وهي احدى مربعاته الخمس « فتح القريب ، وبداية المجتهد » •

(١) شرح الترتيب ج ١ ص ٥٣ •

والجواب : هى الأكدرية ـ لأن الزوج أخذ تسعة ، هى ثلث المال ، والأم ستة هى ثلث الباقى ، « وهو ١٨ » ، والأخت أربعة ، وهو ثلث باقى الباقى اذ هو ١٢ والجد ثمانية ، وهى الباقى •

٦ ـ علة التسمية :

سميت بالأكدرية ـ لأنها كدرت على زيد مذهبه فى الجد ـ لأنه لا يفرض للأخوات معه ، ولا يعيل ، بل تسقط الاخوة معه : اذا لم يبق شىء ، ثم جمع الفروض فقسمها على جهة التعصيب ـ فخالفت الأكدرية القواعد ـ فهذا معنى تكدير مذهبه ، أو لأن الجد كدر على الأخت نصيبها • وكان ينبغى لو صح هذا التعليل أن تسمى مكدرة • لا أكدرية ، وقيل لأن امرأة من أكدر ماتت وخلفتهم ، وقيل لتكدر أقوال الصحابة فيها لاختلافهم ، وقيل ان شخصا من هذه القبيلة كان يحسن مذهب زيد فى الفرائض ـ فسأله عبد الملك بن مروان عن هذه المسألة فأخطا فى جوابها ـ فنسبت اليه وتلقب فى بعض كتب المالكية بالغراء لأنه ليس فى مسائل الجد ما يفرض للأخت فيها ـ سواها ـ فسميت بذلك لظهورها من غرة الفرس • وذكر السجاوندى فى شرح السراجية أن أهل العراق يسمونها ـ كذلك ـ الغراء لشهرتها فيما بينهم •

٧ ـ الأكدرية فى دائرة المعارف الاسلامية :

كتب المستشرق Juynboll جوينبل كلمة عن الأكدرية ـ فى دائرة (١) المعارف الاسلامية ـ جاء فيها أنها اسم يطلق على مسألة فقهية عويصة من مسائل الميراث الملقبة باسم

---

(١) تجد هذه الكلمة فى العدد السابع من المجلد الثانى من ترجمة دائرة المعارف الاسلامية ص ٤٩٠ تحت عنوان (أكذوبة) •

خاص . ثم أتى بصورتها وحلها بما لا يخرج عما قدمنـا ــ غير أنه لم يتحر الدقة فى نقطتين :

الأولى : نسبته الى الحنفية ــ بوجه عام ــ القول بأن الجد حجب الأخت حجب حرمان فى هذه المسألة مع أن ذلك رأى أبى حنيفة . أما صاحباه فرأيهما كرأى الامام زيد بن ثابت .

الثانية : قوله : ان المذاهب الفقية الأخرى « يريد غير الحنفية » ترى أن الجد والأخت فى هذه المسألة لا يعتبران من العصبات ، بل هما ينالان النصيب الذى حدده لهما القرآن ــ بنفس الطريقة التى يرث بها الزوج والأم وهذا القول ــ على اطلاقه ــ غير دقيق ــ الا على رأى على رضى الله عنه ، أما عند الامام زيد ــ فعلى الرواية المشهورة عنه يفرض للأخت والجد ــ ابتداء ــ ثم يصير الأمر الى التعصيب : وعلى الرواية الأخرى عنه تسقط الأخت لأنها عصبة لم يبق لها شىء ، وقد سبق بيان ذلك ، وختم الأستاذ المستشرق كلمته بقوله :

« وتختلف آراء الفقهاء فى علة تسمية المسألة (أكدرية) فجماعة يرون أنها من الكدرة لأن الرأى فيها أكدر ، غير واضح ، أو لأن الأسس المسلم بها عامة ليست واضحة فى هذه المسألة ، ويميل آخرون الى اعتقاد أن (أكدر) اسم رجل وكل اليه عبد الملك بن مروان هذه المسألة ــ على أنه لا يزال توجد تفسيرات كثيرة من هذا القبيل » هذا وطريقة زيد ــ التى فصلناها فيما سبق هى التى أخذ بها جمهور القائلين بتوريث الاخوة والأخوات مع الجد ، ومنهم الشافعى والصاحبان من الحنفية ، ومالك . ولم يخالف مالك زيدا الا فى فريضة واحدة هى المشركة اذا كان فيها جد ، وقد تقدمت .

(ج) طريقة ابن مسعود رضى الله عنه :

وافق ابن مسعود زيد بن ثابت ــ رضى الله عنهما ــ فى أن الجد يقاسم الاخوة ــ ما لم ينتقص حظه من الثلث ــ لأنه

ان اجتمع مع البنات وحدهن لا يأخذ أقل من الثلث ـ فأولى ألا ينقص عنه عند اجتماعه مع الاخوة •

ووافق عليا ـ رضى الله عنه فى أمرين :

الأول : ـ أن الأخوات المنفردات ذوات فرض مع الجد ، ولا يعصبن به •

الثاني : ـ أن بنى العلات لا يعتد بهم فى المقاسمة مع بنى الأعيان (١) ، وقد تقدم شرح ذلك كله •

موازنة اجمالية بين طريقة الامام على، وطريقة الامام زيد مما تقدم يتضح ان أهم الفروق بين الطريقتين يتلخص فيما يأتى :

١ ـ لا يفرق على بين وجود ذوى الفروض مع الجد والاخوة ، وعدم وجودهم، فللجد ـ عنده ـ اما المقاسمة واما السدس مطلقا •

٢ ـ لا يعصب الجد الأخوات المنفردات عنده •

٣ ـ بنو العلات لا يعدون فى القسمة عنده ـ كذلك •

٤ ـ ليست عنده أكدرية •

وبالموازنة بين الطريقتين يتضح أيضا أن طريقة على أيسر المذاهب وأضبطها ، وليس فيها ـ فى الجملة ـ خرم ، ولا خروج على الأسس التى وضعها لطريقته ، ولانضباطها وعدم تشعبها نميل الى ترجيحها ما لم يوجد ما هو أيسر منها، ومن ثم قال امام الحرمين :

« لولا شهادة رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لزيد بالتقديم فى الفرائض ـ لاقتضى الانصاف اتباع على ـ فى

---

(١) شرح السراجية للسجاوندى ، وشرح الترتيب •

باب الجد ، فانه أنقى المذاهب ، وأضبطها وليس فيه خرم أصلا ، ولا استحداث شيء » (١)

٧ ـ حكم الجد والاخوة فى قانون المواريث

سبق أن قلنا : ان قانون المواريث المصرى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أخذ برأى القائلين بتوريث الاخوة الأشقاء أو لأب ـ مع الجد • أما طريقة التقسيم فى هذا القانون فقد بينتها المادة الثانية والعشرون منه ، وحصرتها فى حالتين :

الأولى : أن يقاسم الجد الصحيح الاخوة والأخوات كواحد منهم ، فيعتبر أخا ، الا اذا حرمه ذلك أو نقصه عن السدس ، فيكون له السدس فرضا ـ وذلك اذا كان من معه من الاخوة والأخوات الأشقاء أو لاب يرثون بالتعصيب ـ كما اذا كانوا ذكورا فقط ، أو ذكورا واناثا ، أو اناثا عصبن مع الفرع الوارث من الاناث ـ كالبنت أو بنت الابن • ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الاخوة أو الأخوات لأب (٢) ـ يوضح ذلك الأمثلة الآتية :

١ ـ ففى جد وأختين شقيقتين ، وأخوين شقيقين ـ يعتبر الجد كأخ شقيق ويكون الميراث بينهم للذكر منهم مثل حظ الأنثيين تعصيبا •

٢ ـ وفى جد ، وأخت شقيقة وأخ لأب ـ يكون للشقيقة النصف ، وللجد والأخ لأب النصف الباقى مناصفة بينهما : لكل الربع تعصيبا •

٣ ـ وفى جد وبنت وأخ شقيق وأخت شقيقة : للبنت النصف فرضا ، والباقى بين الجد والأخ الشقيق والأخت الشقيقة ـ للذكر منهم مثل حظ الأنثيين •

---

(١) راجع الجزء الأول من لتح القريب المجيب « أحكام الجد الصحيح » •

(٢) كما هو رأى الامام على كرم الله وجهه •

٤ ــ وفي زوج وبنتين وجد وأختين شقيقتين : يكــون للبنتين الثلثان فرضا ، وللزوج الربع ، وللجــد السـدس فرضا وتعول ، ولا شيء للأختين الشقيقتين .

٥ ــ وفي جد وبنت وأخت شــقيقة وأخ لأب : يكــون للبنت النصف فرضا ، والباقي للجد والأخت الشــقيقة : للذكر منهما مثل حظ الأنثيين تعصيبا ولا شيء للأخ لأب ، ولا يدخل في المقاسمة لانه محجوب بالاخت الشقيقة اذ صارت عصبة مع الفرع الوارث المؤنث (١) .

الحالة الثانية : ــ أن يكــون مع الجــد من الأخــوات الشقيقات أو لأب ــ من يرثن بالفرض كما اذا كن اناثا ــ لم يعصبن بالذكور ، أو مع الفرع الوارث من الاناث وذلك لعدم وجود عاصب من الذكور (اخ شقيق أو لأب) ولعــدم وجــود وارث مؤنث (بنت أو بنت ابن وان نزل) . وفي هذه الحالة ــ يرث الجد بالتعصيب ، فيأخــذ البــاقي بعد أصحاب الفروض ــ ما لم ينقصه ذلك عن السدس أو يحرمه ــ فيــكون له الســدس فرضا مع العول (٢) ــ نوضــح ذلك بالمثالين الآتيين :

١ ــ ففي جد وأخت شــقيقة ، وأخت لأب : يكــون للشقيقة النصف فرضا ، وللأخت لأب السدس ــ تكملة للثلثين فرضا ، وللجد الباقي وهو الثلث بالتعصيب .

٢ ــ وفي زوج ، وأخت شقيقة وأخت لأب ، وجــد ــ للزوج النصف فرضا ، وللشقيقة النصف فرضا ، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين فرضا ، وللجــد الســدس فرضا وتعول الى ثمانيــة : للزوج ثلاثة وللأخت الشــقيقة ثلاثة أيضا ، وللأخ لأب واحد ، وللجد واحد كذلك (٣) .

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون عند شرحها للمادة ٢٢ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

وهذا هو نص المادة ٢٢ من القانون :

« اذا اجتمع الجد مع الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب ــ كانت له حالتان :

الأولى : أن يقاسمهم كأخ ان كانــوا ذكــورا فقط أو ذكورا واناثا ، أو اناثا عصبن مع الفرع الوارث من الاناث .

الثانية : أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات ــ لم يعصبن بالذكور ، أو مع الشرع الوارث من الانات .

الثانية : أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات ــ لم يعصبن بالذكور ، أو مع الفرع الوارث من الاناث .

على أنه اذا كانت المقاسمة أو الارث بالتعصيب ــ عــلى الوجه المتقدم ــ تحرم الجد من الارث أو تنقصه عن السدس ــ اعتبر صاحب فرض بالسدس .

ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الاخــوة أو لأخوات لأب» اهـ . وبالرجوع الى مذهب الامام على ــ كرم الله وجهه ــ والى طريقته المشهورة عنه ــ وهى التى بيناها فيما سبق ــ يتضح أن ميراث الاخوة مع الجد فى قانــون الميراث المصرى مأخوذ من مذهب ذلك الامام الا فى فرع واحد أو فى صــورة واحــدة وهى ما اذا كان مع الجــد اناث فقط من الأخوات ومعهن احدى البنات أو بنات الابن ، فانهن يصرن مع الفرع الوارث المؤنث عصبة بمنزلة اخوة لأبوين أو لأب ــ ففى هذه الحالة جرى القانون عــلى مذهب الامام زيد بن ثابت ، وهو مقاسمة الجد لهن (١) كما يقاسم الاخوة ــ مالم تنقصه المقاسمة عن السدس ، فيكون له السدس فرضا ، وان

---

(١) وعلى مذهب على ــ المشهور عنه ــ يكون للجد فى هذه الحالة السدس على ما سبق بيانه .

كان لم يأخذ فى جميع الأحوال بمذهب زيد من دخول من كان محجوبا من الاخوة أو الأخوات لأب فى المقاسمة ، وأخذ فى ذلك بمذهب الامام على (١) ٠

وما أخذ به القانون فى المادة ٢٢ يعد بمثابة تلقيح لطريقة على بشىء قليل مما فى طريقة زيد ، وهو اجتهاد حسن من اللجنة التى وضعت مشروع القانون فانها بذلك حصرت أحوال الجد مع الاخوة والأخوات ـ فى أقل عدد ممكن من الاحتمالات مما يعين على ضبطها واستيعابها ، وسهولة فهمها وتطبيقها، وذلك مع محافظتها على مافى طريقة الامام على من أسس جوهرية ـ وقضت ـ بذلك ـ على تعدد الآراء ، وتشعب الطرق التى نقلت عن العلماء فى توريث الاخوة والأخوات مع الجد ، وما نقل فى بعض الصور من أحكام خرجت على القواعد المشهورة ٠ وبطريقة القانون أيضا ـ صار حال الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب مع الجد ـ كحالهم عند عدم وجوده الا اذا نقص نصيبه عن السدس، فيعتبر حينئذ صاحب فرض بالسدس ٠

وبعد ـ فهذا جهد المقل فى مبحث ـ كثرت فيه الأقوال، وتعددت فيه الآراء ، وصعب فيه تطبيق الفروع والمسائل على ما رآه الأئمة من القواعد والأصول ، وحسبنا أن نخرج منه بشىء واحد ـ هو أن فقهاء الاسلام بذلوا كدهم ، وأقصى جهدهم فى استنباط الأحكام واستخراجها من أصولها، وأنهم أتوا ـ فى هذا الباب ـ بما يستحق الاعجاب والتقدير، فجزاهم الله عن المسلمين عامة ، وعلماء التشريع خاصة خير الجزاء ٠

العـــول

١ ـ مخرج السهام المفروضة فى مسائل الميراث ـ هو الذى يقال له أصل المسألة ، وهو عبارة عن أقل عدد صحيح

(٢) راجع المذكرة التفسيرية ـ المادة ٢٢ ٠

يتأتى منه حظ كل فريق من الورثة بلا كسر ـ كما في زوج وأم ، وأخت لأم ـ فمخرج المسألة أو أصلها من ٦ ـ للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان ، وللأخت سهم واحد • وكزوج وأخت لأم ، وأخ شقيق ـ فالمسألة أيضا من ٦ : للزوج ٣ ، وللأخت لأم سهم ، وللأخ الشقيق الباقي وهو سهمان • ومقامات الكسور الدالة على انصباء الورثة في التركة ـ تسمى مخارج الفروض •

والخلاصة أن مخرج التركة أو أصل المسألة ـ في اصطلاح الفرضيين ـ هو أقل عدد يمكن أن تؤخذ منه سهام الورثة صحيحة من غير كسر ، وبعبارة أخرى هو المضاعف البسيط لمقامات الكسور الدالة على انصباء الورثة في التركة •

فانكان مجموع سهام الورثة لا يزيد على مخرج السهام المفروضة « وهو أصل المسألة » ، ولا ينقص عنه ـ كانت المسألة عادلة • ولم يكن فيها عول ولا رد • وان زاد عدد سهامها على مأخذ التركة وهو أصل المسألة ـ قيل ان فيها عولا ـ كما في زوج وأختين شقيقتين • وان قل مجموع السهام عن أصل المسألة كما في أم ، وأخت شقيقة ـ قيل ان فيها ردا •

ومن ثم ـ قال صاحب رد المحتار : مسائل الفرائض ثلاثة أقسام : عادلة وعاذلة ، وعائلة ـ أى منقسم بلا كسر ، أو بالرد ، أو بالعول • وقال البقرى في حاشيته على شرح الرحبية للامام سبط المارديني ما خلاصته :

المسائل تارة تكون عادلة ، وتارة تكون ناقصة ، وتارة تكون عائلة : فاذا لم يدخلها العاصب ، بل قسمت على أصحاب الفروض بدون تزاحم ، ومن غير أن يبقى شيء ـ فهي عادلة ، وان احتاجت للعاصب ـ كما لو فضل شيء بعد

أصحاب الفروض ـ فهي ناقصة ، وان تزاحمت الفروض وزادت ـ فهي عائلة .

٢ ـ معنى العول لغة واصطلاحا :

هو ـ في اللغة ـ بمعنى الميل والجور ـ يقال عال في الحكم ـ أي جار ومال ومنه قول الله ـ تبارك وتعالى ـ « ذلك أدنى ألا تعولوا » قال مجاهد : لا تميلوا ولا تجوروا ، ويستعمل بمعنى الغلبة ، يقال : عيل صبره ـ أي غلب ، وبمعنى الرفع أو الارتفاع ، ومنه عال الميزان ، اذا ارتفع أو مال ، ومنه أيضا : عالت الفريضة عولا ـ أي ارتفع حسابها وزادت سهامها ، فنقصت الانصباء ، ويقال عال فلان الفرائض وأعالها بمعنى ، فعال متعد ولازم .

أما العول ـ في اصطلاح الفرضيين ـ فهو زيادة مجموع سهام الورثة عند ازدحام الفروض وكثرتها ، على مخرج التركة أو أصل المسألة ، ومن لازمه دخول النقص في فرائض جميع الورثة بحسب حصصهم ، وعلى نسبة واحدة فهو زيادة في عدد سهام أصل المسألة ، ونقصان من مقادير الأنصباء ، وان شئت قلت : هو زيادة عدد السهام على أصل المسألة زيادة تستلزم بالضرورة نقصا في مقادير الأنصباء ، وذلك بأن يكون مجموع ما يستحقه أصحاب الفروض يزيد على الواحد الصحيح ، كما اذا كان في المسألة نصف وثلثان . ومتى زادت السهام على أصل المسألة ـ اعتبر عولها أصلا جديدا لها ، فتقسم التركة على الأصل الجديد دون الأصل الأول ـ فاذا ماتت امرأة عن زوج وأخت شقيقة وأم كان أصل المسألة من ٦ ولكنها تعول الى ثمانية لأن للزوج ثلاثة أسهم ، وللأخت كذلك ثلاثة ، وللأم سهمان ، فلا تقسم التركة على ٦ وانما تقسم على ثمانية ، وبذلك ينقص نصيب كل وارث بمقدار نسبة الزيادة .

وهذا المعنى الاصطلاحي للعول ــ على صلة بمعانيه اللغوية الثلاثة التي سبق ذكرها : فيصح أن يكون مأخوذا من المعنى الأول لأن المسألة مالت على أهلها بالجور ــ حيث نقصت من فروضهم ، كما يصح أن يكون مأخوذا من الثاني لأنها غلبت أهلها بادخال الضرر عليهم ، ومن الثالث لأنها اذا ضاق مخرجها بالفروض المجتمعة ــ ترفع التركة الى عدد أكثر من ذلك المخرج ، ثم تقسم حتى يدخل النقصان فى فرائض جميع الورثة على نسبة واحدة ، واختار ذلك بعض شراح السراجية (١) .

٣ ــ رأى العلماء فى العول : عامة الصحابة ، وجمهور الفقهاء على القول بالعول متى ضاق مخرج التركة عن الوفاء بالفروض المجتمعة فيه ــ فيزيد مجموع السهام على أصل المسألة وتنقص مقادير الانصباء ، ويقسم المال على مجموع تلك السهام ، ثم يتحاص أصحاب الفروض فى المال على نسبة فروضهم . ومن هؤلاء الأئمة الأربعة .

وخالف فى ذلك ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ فانكر العول ، ولما سأله رجل : كيف تصنع بالفريضة العائلة ــ قال : « أدخل الضرر على من هو أسوأ حالا ، وهن البنات والأخوات ، فانهن ينقلن من فرض مقدر الى فرض غير مقدر » ، فقال الرجل : « ما تغنيك فتواك شيئا ، فان ميراثك يقسم بين ورثتك على غير رأيك » ، فغضب ، وقال : « تجتمعون حتى نبتهل ، فنجعل لعنة الله على الكاذبين . ان الذى أحصى رمل عالج (٢) عددا لم يجعل فى مال نصفا وثلثين » .

وتوضيح رأيه ان أصحاب الفرائض عنده نوعان : أحدهما أقوى من الآخر ، فالنوع الأقوى هو الذى ينقل

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٥١٩ ، وشرح السراجية للسجاوندى .

(٢) موضع .

من فرض مقدر إلى فرض آخر مقدر لأنه صاحب فرض من كل وجه ـ كالأم ، والزوج ، والزوجة ، والنوع الآخر الأقل قوة ـ هو الذى ينقل من فرض مقدر الى فرض غير مقدر فيرث بالتعصيب اذا وجد معه من يعصبه ـ كالأخوات ـ وانما كان أقل قوة لأنه صاحب فرض من وجه ، وعصبة من وجه آخر • وعلى هذا اذا ضاقت التركة عن الفروض يقدم الأقوى ، وهو النوع الأول ، ويدخل النقص أو الحرمان على النوع الثانى ، ويعامل كأنه عاصب ، فيأخذ حكمه • وبالاستقراء تجد فى كل مسألة زادت فيها الفروض على مخرج التركة ـ صاحبة فرض كان يمكن أن تعصب بالغير، فتفرض حالها كما لو وجد معها الذكر المعصب لها ، وبناء على هذا تأخذ الباقى ـ عند تزاحم الفرائض ـ ان بقى شىء ، فان لم يبق لم تأخذ شيئا (١) •

فاذا ماتت المرأة عن زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب : فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، ومجموعها ثمانية ، فتقسم بطريق العول عند الجمهور ، وعند ابن عباس : للزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقى للأخت(٢)•

وقد وافق ابن عباس ابن حزم الأندلسى ـ فأنكر العول، وقرر انه لا أصل له ، وانتصر لهذا الرأى فى كتابه المحلى • وزكاه من قبله ابن شهاب الزهرى ـ فقال : « لولا أنه تقدم ابن عباس امام عدل ، فأمضى أمره ، وكان امرأ ورعا ـ ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم » •

ومما يؤيد رأى ابن عباس فى العول أنه اذا تعلقت حقوق بمال لا يفى بها ـ يقدم منها ما كان أقوى ـ كالتجهيز والدين والوصية والميراث ـ فاذا ضاقت التركة عن الفروض

(١) السراجية وكتاب ابن حزم للأستاذ الجليل محمد أبو زهرة •

(٢) وعنه قول آخر ـ هو أن للزوج النصف ، والباقى بين الأم والأخت « حاشية البقرى على شرح الرحبية » •

ـ يقدم الأقوى ، ولا شك أن من ينقل من فرض مقدر الى فرض آخر مقدر يكون صاحب فرض من كل وجه ، فيكون أقوى ممن ينقل من فرض مقدر الى فرض غير مقدر ـ لانه صاحب فرض من وجه ، وعصبة من وجه ـ فادخال النقص أو الحرمان عليه أولى ـ لأن ذوى الفروض مقدمون على العصبات (١) •

أما جمهور الأئمة والفقهاء الذين أخذوا بالعول ـ فأساس رأيهم فتاوى الصحابة من جهة ، ولأنه لا وجه لتفضيل صاحب فرض على صاحب فرض آخر ـ اذ لا دليل على هذه المفاضلة ، لا من النصوص ، ولا من القياس • وبيان ذلك أن أصحاب الفروض المجتمعة فى التركة ـ قد تساووا فى سبب الاستحقاق ، وهو النص ـ فيتساوون فى الاستحقاق ، وحينئذ يأخذ كل واحد منهم جميع حقه ان اتسع المحل لذلك ، ويضرب بجميع حقه اذا ضاق المحل ـ كالغرماء فى التركة • واذا أوجب الله تعالى فى مال نصفين وثلثا مثلا ـ علم أن المراد الضرب بهذه الفروض فى ذلك المال ـ لاستحالة وفائه بها ، ولا كذلك التجهيز وأخواته ، فانها حقوق مرتبة ، مقدم بعضها على بعض ، والنقل من الفرض الى العصوبة لا يوجب ضعفا ـ لأن العصوبة أقوى أسباب الارث ـ فكيف يثبت النقصان أو الحرمان عليه بهذا الاعتبار فى بعض الأحوال •

والحق ما عليه عامة الصحابة وجمهور الفقهاء ـ لما ذكر ولأن تقديم بعض أصحاب الفروض على بعض لابد من ثبوته بدليل ـ لأنه يؤدى الى حرمان مستحق أو انفراده بالنقص دون سائر الورثة ، ومن العدل أن ينقص كل صاحب فرض بمقدار ما زاد من السهام ، فان فى ذلك تسوية بين الجميع •

---

(١) شرح السراجية للسجاوندى •

أما نقص بعض الأنصبة ، وابقاء بعضها على ما هو عليه فهو غير سائغ ، إذ هو ترجيح بلا مرجح .

وقد روى أن العول لم يقع في زمن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ ولا في زمن أبي بكر الصديق رضى الله عنه ، وانما وقع في زمن عمر رضى الله عنه ــ فهو اول من حكم بالعول ، فقد روى أنه أول من عال الفرائض لما التوت عليه، ودافع بعضها بعضا ، وقال : ما أدرى أيكم قدم الله ولا أيكم أخر وكان امرا ورعا ، فقال ما أجد شيئا أوسع لى من ان أقسم التركة عليكم بالحصص، وأدخل على كل ذى حق ما أدخل عليه من عول الفريضة . وروى أن أول فريضة عالت فى الاسلام : زوج وأختان . فلما رفعت الى عمر رضى الله عنه ــ قال : ان بدأت بالزوج أو بالأختين لم يبق للآخر حقه ــ فأشيروا على ، فأول من أشار بالعول العباس ــ على المشهور ــ وقيل على ، وقيل زيد بن ثابت ــ رضى الله عنهم . والظاهر ــ كما قال السبكي ــ أنهم كلهم تكلموا فى ذلك لاستشارة عمر اياهم ، واتفقوا على العول . فلما انقضى عصر عمر رضى الله عنه أظهر ابن عباس رضى الله عنهما الخلاف فى المباهلة (١)، فقيل له : ما بالك لم تقل هذا لعمر ، فقال : كان رجلا مهيبا، فهبته (٢) .

٤ ــ عرض لأهم مسائل العول :

مجموع المخارج أو أصول المسائل ــ وجدت بالاستقراء سبعة ، وهى ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٨ ، ٦ ، ١٢ ، ٢٤ . وليس كلها يعول ، فان أربعة منها لا تعول أصلا ، وهى ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٨ ، وذلك لأن الفروض المتعلقة بهذه المخارج الأربعة اما أن يفى المال بها أو يبقى منه شىء زائد عليها .

فلا عول فى الاثنين لأن المسألة انما تكون من اثنين اذا

---

(١) سيأتى ذكرها بعد .

(٢) حاشية البقرى على شرح الرحبية للامام سبط المارديني .

كان فيهـا نصفان كزوج وأخت شـقيقة أو لأب • أو نصف وما بقى ـ كزوج وأخ شقيق أو لأب • ولا عول فى الثلاثة ـ لأن المخارج منها أما ثلث وما بقى ، كام وأخ شقيق أو لأب ، واما ثلثان وما بقى ـ كبنتين وعم شقيق أو لأب ، واما ثلث وثلثان ـ كأختين لأم وأختين شـقيقتين ، كذلك لا عـول فى الأربعة لأن ما يخرج منها اما ربع وما بقى ـ كزوج وابن ، أو ربع ونصف وما بقى ـ كـزوج وبنت وأخ لأب وأم ، أو ربع وثلث وما بقى ، كزوجة وأبوين • ولا عول فى الثمانية أيضا لأن المسألة تكون من ثمانية اذا كان فيها ثمن وما بقى • كزوجة وابن • أو ثمن ونصف وما بقى ـ كزوجة وبنت وأخ شقيق ـ فلا عول فى شىء من مسائل هذه المخارج الأربعة(١) •

أما الثلاثة الباقية من أصـول المسائل وهى : ٦ ، ١٢ ، ٢٤ فانها قد تعول :

فالستة تعـول وترا وشـفعا الى عشرة فمثال عولهـا الى سبعة : زوج وأختان لأبوين او لأب فالمسألة من ستة لاجتماع نصف وثلثين فيها ولكنها تعول وترا الى سبعة لأن سهام الزوج ثلاثة ، وسهام الاختين أربعة ، ومثال عولها الى ثمانية : زوج وأم وأختان لأب، أو زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب والصورة الثانية تلقب بالمباهلة (٢) لقول ابن عباس رضى الله عنهما : « ان شاءوا فلندع أبناءنا وأبناءهم ونسـاءنا ونسـاءهم ، وأنفسنا وأنفسهم ، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين » ، وذلك لأنه ما كان يرى عولا ، فيعطى فيها الزوج النصف : والأم الثلث ، والباقى للأخت • ومذهب الجمهـور : للزوج النصف ثلاثة ، وللأم الثلث : اثنان ، وللأخت النصف ثلاثة ـ

---

(١) شرح السراجية للسجاوندى •

(٢) شرح الرحبية لسبط المارديني وحاشية البقرى عليه •

فاصل المسألة من ٦ وتعول الى ثمانية وبذا يصير نصف الزوج فيها ربعا وثمنا ، وفرض الأم ربعا ٠

ومثال عولها الى تسعة : زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم ، أو زوج وأختان شقيقتان وأختان لأم ٠ ومثال عولها الى عشرة ، وذلك اذا اجتمع فى المسألة نصف وثلثان وثلث وسدس : زوج وأختان شقيقتان ، وأختان لأم وأم ، وهذه المسألة تسمى الشريحية ، اذ قضى شريح فيها بأن للزوج ثلاثة من عشرة فجعل الزوج يطوف فى البلاد ويسأل الناس عن امرأة خلفت زوجا ولم تترك ولدا ولا ولد ابن : ماذا نصيب الزوج ؟ فكانوا يقولون النصف فيقول : لم يعطنى شريح لا نصفا ولا ثلثا ، فبلغه ذلك ، فأحضره ، وعزره وقال سبقنى بهذا الحكم امام عادل ذو ورع ، ـ يريد به عمر رضى الله عنه فانه أول من حكم بالعول ـ على ما سبق بيانه ٠

واثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا ، لا شفعا ، ومعنى ذلك أنها تعول الى ثلاثة عشر ، والى خمسة عشر والى سبعة عشر ـ فمثال عولها الى ثلاثة عشر : زوج وبنتان وام ، أو زوجة وأختان لأبوين ، وأخت لأم ٠ ومثال عولها الى خمسة عشر : زوج وبنتان وأبوان ، أو زوجة وأختان لأب وأختان لأم ، ومثال عولها الى سبعة عشر : زوجة وأختان شقيقتان وأختان لأم وأم ٠

أما أربعة وعشرون : فانها لا تعول الا الى سبعة وعشرين فقط فليس لها الا عول واحد ـ كما فى زوجة وبنتين وأبوين ـ وتسمى المسألة المنبرية والتسعية لأن عليا رضى الله عنه سئل عنها ، وهو يخطب على منبر الكوفة ، فأجاب عنها بديهة فقال السائل متعنتا : أليس للزوجة الثمن ؟! فقال : صار ثمنها تسعا ٠ ومضى فى خطبته : فتعجبوا من فطنته ٠

ولا تعول إكثر من ذلك الا عند إبن مسعود رضى الله تعالى عنه ـ فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين ـ فيما اذا ترك زوجة وأختين لأم وأما وأختين لأب وأم وابنا محروما بسبب الكفر أو الرق والقتل لأن من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان ـ فيكون للزوجة الثمن عنده (ثلاثة)، وللأم السدس (أربعة) وللأختين لأب وأم الثلثان (ستة عشر) ، وللأختين لأم الثلث (ثمانية) · ومجموع ذلك واحد وثلاثون · وعند غير ابن مسعود تكون المسألة من اثنى عشر لأن الابن المحروم يعتبر كأنه غير موجود فتعطى الزوجة الربع ، وبذلك تعول المسألة الى سبعة عشر ·

٥ ـ العول في القانون :

عرضت المادة ١٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ـ للعول ، متبعة فى ذلك رأى عامة الصحابة وجمهور الفقهاء ، ونصها : « اذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة ـ قسمت بينهم بنسبة انصبائهم فى الارث » · وقد شرحت المذكرة التفسيرية عند تعرضها لتلك المادة العول ، وبينت أساس العمل به ـ فقالت : العول عند الفقهاء : زيادة سهام ذوى الفروض ، ونقصان من مقادير أنصبائهم من التركة ، وذلك اذا زاد مجموع الأنصباء على الواحد الصحيح · فاذا زادت الفروض على أصل المسألة ـ زيد أصل المسألة ، فيدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه ـ كنقص أرباب الديون بالمحاصة ، وهى الديون التى ضاقت عنها التركة ، وليس بعضها أولى من بعض · ثم مثلت للعول ببعض ما سبق ذكره من مسائله ·

الـــرد

١ ـ معنى الرد :

الرد ضد العول : اذ العول على ما تقدم ـ زيادة فى عدد السهام ونقصان من مقادير الأنصباء ، والرد نقصان من عدد

السهام وزيادة فى مقادير الانصباء وذلك اذا نقص عـــدد السهام عن مخرج التركة أو كان مجموع الفروض أقل من الواحد الصحيح : ففى العول تفضل السهام على المخــرج ، وفى الرد يفضل المخرج على السهام ــ لأن فيه مجموع سهام أصحاب الفروض أقل من أصل المسألة ، فتزيد بالضرورة أنصباؤهم من التركة ، وتعريف الرد بأنه ضد العول تعريف لفظى له ، فان الشيء ينكشف بضده .

والرد ــ فى اصطلاح الفرضيين ــ عند من يقول بالرد من العلماء ــ هو دفع ما فضــل من المخــرج عن فرض ذوى الفروض ولا مستحق له من غيرهم ــ الى ذوى الفروض الذين يرد عليهم ــ بقــدر حقــوقهم ، أو عــلى حسب النسب بين سهامهم (١) .

وبناء على ذلك لا يتأتى الرد الا اذا تحقق أمران :

الأول : أن تكون الفروض غــير مســتغرقة للتركة . اذ لو كانت مستغرقة لها لم يبق شيء يرد .

الثاني : ألا يكون فى المسألة عاصب ــ اذا لو وجد لأخذ ما أبقته أصحاب الفروض ، فلم يبق بعد أخذه شيء يرد ، ومما ينبغى أن يلحظ أن قانــون الميراث آخــر اســتحقاق العاصب السببى الى ما بعد ذوى الأرحام والرد على الزوجين ــ فعلى رأى القانون تكون رتبة الرد على ذوى الفروض النسبيه متأخرة عن العاصب النسبى ، ولكنهــا مقــدمة عــلى ذوى الأرحام ، والرد على الزوجين والعاصب السببى .

---

(١) التعريف المشهور للرد ــ عند جمهور القائلين به ــ هو دفع ما بقى من فروض ذوى الفرائض ، ولا مستحق له من العصبية ــ الى ذوى الفروض النسبية ــ بقدر فروضهم ــ فلا يرد على الزوجين لأنهما ليسا من أصحاب الفروض النسبية ، ولكنــا آثرنا أن يكون تعريف الرد عاما بحيث يشمل رأى من يقول بالرد على الزوجين مطلقــا كسائر أصحاب الفروض ، ومن يقول بالرد عليهما اذا لم يوجد أحد من ذوى الأرحام ــ كما يقضى بذلك قانون المواريث ويشمل أيضا رأى من يقول بعدم الرد على الزوجين والجدة ، وغير ذلك من الآراء .

٢ـ اختلاف الأئمة والفقهاء فى الرد :

اختلف العلماء والأئمة والفقهاء فى الفاضل من ذوى الفروض : أعليهم يرد ، أم هو لبيت المال ؟ وجملة الأقوال فى ذلك ثلاثة :

القول الأول : ما رآه الصحابي الجليل زيد بن ثابت من أن الفاضل لا يرد على ذوى الفروض ، بل هو لبيت المال ، وبه أخذ عروة والزهرى ، ومالك والشافعى • والمشهور من مذهب مالك أنه لبيت المال وان لم يكن منتظما ، ونقل فى رد المحتار أنه روى عن مالك مثل قول الحنفية الذين يرون الرد (١) ، والمذكور فى كتب الشافعية ــ كفتح القريب المجيب ، وشرح السبتي ــ ان الأصح فى مذهبهم عدم الرد اذا كان بيت المال منتظما ، فيقدم ــ حينئذ ــ على الرد وتوريث ذوى الأرحام ، ويوضع فيه ما يرثه المسلمون ، كما يوضع فيه مال المصالح لتعذر ايصاله لجميعهم • وقيل فى المذهب الشافعى بعدم الرد مطلقا وان علم فساد بيت المال ــ لأن الحق للمسلمين ، فلا يسقط باختلال نائبهم كالزكاة • وهذا هو مذهب المالكية (٢) وعلى القول الأخير ان لم يكن بيت المال منتظما ، فان كان المال بيد أمين وثم قاض أهل للقضاء مأذون له بالتصرف فى المصالح ــ دفعه اليه ، لأنه حينئذ ينزل منزلة الامام العادل ، وان لم يؤذن له ــ فوجهان أحدهما يصرف اليه والآخر يصرفه من هو فى يده فى المصالح • وان لم يكن هناك قاض ، أو كان ولا تتوافر فيه شروط القضاء صرفه من فى يده المال الى مصالح المسلمين ، وأرحام الميت المحتاجون أحق من غيرهم (٣) • وقيل يحفظ الى أن يولى سلطان عادل •

---

(١) راجع رد المحتار جـ ٥ ص ٥٢٠ •

(٢) راجع فتح القريب جـ ١ ص ١٠ وشرح السبتى على الرحبية المطبوع على هامش فتح القريب جـ ١ ص ٢٨ •

(٣) فتح القريب جـ ١ ص ٩ ، ١٠ •

والأرجح في مذهب الشافعي أن بيت المال يعتبر وارثا ـ كلما قلنا بالصرف اليه ٠ وقيل يوضع المال فيه مصلحة ، لا ارثا (١) ، ويترتب على الأرجح أنه لا يجوز صرفه لغير المسلم ، وكذا القاتل في الأصح ٠

القول الثاني : ما ذهب اليه المتأخرون من علماء المذهب الشافعي والمحققون من أصحاب ذلك المذهب ، وهو القول بالتفصيل : فان كان بيت المال منتظما ، وللمسلمين امام عادل ـ سلم اليه الفاضل ليصرفه في المصالح ، ويعتبر بيت المال وارثا على الأرجح ٠ ويقدم على الرد وذوى الأرحام ، وان لم يكن منتظما ، ولم يكن هناك امام ، أو كان هناك امام جائر ـ يرد على ذوى الفروض ـ على قدر فروضهم ـ الا الزوجين ، فان لم يوجد من يرد عليه ـ ورث ذوو الأرحام ، وهذا الرأى هو المفتى به عند الشافعية ، وعمل به أكابر المتأخرين ، وقال فيه النووى : وهو الأصح عند محققى أصحابنا ، وعليه العمل في سائر الأمصار ، ونقله صاحب الحاوى الكبير عن نص الشافعي ، كما قال النووى : والأصح عندهم أنه يصرف الى جميعهم على سبيل الميراث ، والمراد بانتظام بيت المال أن يصرف ما فيه من المال ـ ومنه التركات ـ في مصارفه الشرعية ، وألا يتجاوز في الصرف مصالح المسلمين ، فان لم يكن كذلك كان غير منتظم (٢) ٠

القول الثالث : أنه يرد الفاضل على ذوى الفروض النسبية ـ بنسبة فروضهم سواء انتظم بيت المال أم لا ، وهو قول جمهور الصحابة ـ كعلى ومن تابعه ، رضى الله عنهم ، وبه أخذ الحنفية والحنابلة (٣) فالرد عندهم مقدم على ذوى الأرحام ، ومن باب أولى ـ على بيت المال ٠

---

(١) فتح القريب جـ ١ ص ٠، وحاشية البجرى على شرح الرحبية ص ١١ ٠

(٢) شرح السبتى على الرحبية المطبوع على هامش فتح القريب جـ ١ ص ٢٧ ، ٢٨ و جـ ٢ ص ٦٥ وما بعدها ٠ ثم حاشية البقرى ص ١١ ٠

(٣) وهناك قول مرجوح في المذهب الشافعي يرى الرد كالحنفية ـ حكاه صاحب فتح القريب على أنه مقابل للقول الأصح في مذهب الشافعية ٠

٤ ـ أدلة كل قول من الأقوال الثلاثة :

نسوق لك فيما يأتى حجج كل قول منها ، فنقول :

(أ) أدلة الرأى الأول : احتج من أبى الرد ، ومنعه مطلقا بما يأتى :

أولا : ما رواه أبو داود من قوله صلى الله عليه وسلم : « **أنا وارث من لا وارث له ، أعقل عنه وأرثه** » ، وهو صلوات الله عليه ـ لا يرث لنفسه ، بل للمسلمين .

وثانيا : لأنهم يعقلون عنه ، فيرثون منه كالعصبة .

وثالثا : لأن النص قدر فرض كل واحد من الورثة ، فلا تجوز الزيادة عليه ـ لأنها تعد للحد الشرعى ، والله تعالى يقول « ومن يعص الله ورسوله ، ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين » ، ولأن المقادير لا يمكن اثباتها بالرأى ، فامتنع أصلا .

ورابعا : بأن الفاضل بعد الفروض المقدرة ـ مال لا مستحق له ، فيكون لبيت المال ـ كما اذا لم يترك وارثا أصلا (١) .

هذه أدلة الرأى الأول ، ومن الممكن مناقشتها وتوجيه بعض المآخذ اليها : فالدليل الأول أقصى ما يدل عليه أن بيت المال وارث من لا وارث له ، والرد على ذوى الفروض ، وتقسيم المال على ذوى الأرحام اذا لم يوجد من يرد عليه ـ يعتبر ارثا ـ كذلك الدليل الثانى لأنه لا تلازم بين العقل والارث . كذلك يصح عدم التسليم بما يدل عليه الدليل الرابع لأن الفاضل له مستحق من ذوى الفروض الذين لم تستغرق فروضهم التركة ، وذلك لترجحهم بقوة قرابتهم

(١) السراجية وفتح القريب جـ ١ ص ١٠ .

ولعل أقوى دليل لهم هو الدليل الثالث ــ ولكنك ستعرف الجواب عنه من أدلة القول الثالث •

(ب) أدلة الرأى الثانى : هى أدلة الرأى الأول ان كان بيت المال منتظما • أما اذا كان غير منتظم فان الرد على ذوى الفروض النسبية يكون أحق وأولى من اضاعة المال اذا قضينا بصرفه الى بيت المال غير المنتظم •

(جـ) أدلة الرأى الثالث : وهو رأى المثبتين للرد مطلقا :

احتج هؤلاء بالنقل والعقل ، وجملة أدلتهم :

أولا : قول الله ــ تبارك وتعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » ، وهو الميراث : فبعضهم أولى بميراث بعض بسبب الرحم ، فيكونون أولى من بيت المال ، ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص ، وعلى هذا كان ينبغى أن يكون الباقى بعد فروض ذوى الفروض لجميع ذوى الأرحام لاستوائهم فى هذا الاسم ، لكن أصحاب الفروض قدموا على غيرهم من ذوى الأرحام لقوة قرابتهم ــ ألا ترى أنهم يقدمون فى الارث عليهم ، فكانوا أحق بالرد منهم • وتوضيح الاستدلال بالآية أنها دلت على استحقاقهم جميع الميراث بصلة الرحم ، وآيات المواريث أوجبت استحقاق جزء معلوم من المال لكل واحد منهم ــ فوجب العمل بالنصين : بأن يجعل لكل واحد منهم فرضه بآيات المواريث ، ثم يجعل ما بقى مستحقا لهم ــ بالرحم ــ لهذه الآية • وبهذا الوجه من الاستدلال يجاب عن الدليل الثالث الذى احتج به من أبى الرد ، إذ ثبوت الرد ليس بالرأى ، وانما هو مأخوذ من النص ، ويكون الجمع بين أخذ الفرض واستحقاق الرد ــ عملا بمقتضي الدليلين (١) •

وثانيا : من حيث السنة ــ ما روى أن النبى ــ صلى الله

(١) شروح السراجية ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ ٦ ص ٢٤٧ •

عليه وسلم ــ دخل على سعد بن أبي وقاص ، يعوده ، فقال : يا رسول الله ، ان لى مالا، ولا يرثني الا ابنة لى ــ الحديث(١) ــ ولم ينكر عليه رسول الله حصر الميراث في ابنته ، ومنعه عن الوصية بما زاد على الثلث مع أنه لا وارث له الا ابنة واحدة ، فدل ذلك على صحة القول بالرد اذ لو لم تستحق الزيادة على النصف بالرد لأجاز له الوصية بالنصف ، كذلك يؤخذ من الحديث أن سعدا رضى الله عنه اعتقد أن بنته ترث جميع ماله ، ولم ينكر عليه رسول الله حصر ميراثه فى ابنته ، ولولا أن الحكم كذلك لأنكر عليه ، ولم يقره على الخطأ ، ولا سيما فى موضع الحاجة الى البيان، ومن الواضح أنها لا ترث جميع المال الا اذا أخذته فرضا وردا ٠

وكذا ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ــ انه عليه الصلاة والسلام ــ ورث الملاعنة من ولدها ، أى جميع المال ، ولا يكون ذلك الا من طريق الرد ، كذلك روى ان امرأة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم ــ فقالت : يا رسول الله ، انى تصدقت على أمى بجارية ، فماتت أمى ، وبقيت الجارية ، فقال : « وجب أجرك ، ورجعت اليك فى الميراث »، فجعل الجارية راجعة اليها ــ بحكم الميراث ــ وهذا هو الرد (٢) ٠

وثالثا : لأن بيت المال انما يأخذ الضوائع ، ولا يعد ضائعا مال من يموت ، وله أقارب ، وهم ــ بحكم قرابتهم ــ أولى من بيت المال ، وقد ثبت من النصوص ما يؤيد ذلك ٠

ورابعا : أن أصحاب الفروض قد شاركوا المسلمين فى الاسلام ، وترجحوا بالقرابة ، فيرجحون بها عليهم ، وذلك يكون بالرد ٠ وفى ذلك يقول صاحب بداية المجتهد : وعمدة القائلين بالرد أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين

---

(١) مضى ذكر هذا الحديث فى مبحث الوصية ٠

(٢) راجع السراجية والزيلعى.

فقط ؛ أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان • وللمسلمين سبب واحد •

وقد يقال فى الجواب عن الدليل الأول : ان الآية مجملة ، وأن المراد من أولى الأرحام هم المذكورون فى آيات المواريث ، فتكون الآية الأولى مبينة لاصل التوريث ، وآيات المواريث مبينة لمقداره ، وحينئذ فلا تكون آية « وأولو الأرحام ••• » قد أتت بحكم جديد زائد على الفرائض وقد روى ذلك عن الشافعى ــ رحمه الله ــ اذ قال : « ان الناس توارثوا بالحلف ؛ ثم توارثوا بالاسلام والهجرة ، فكان المهاجر يرث المهاجر ، ولا يرث من ورثته من لم يكن مهاجرا، وهو أقرب اليه ممن يرثه ، فنزلت الآية ، وكانت مجملة ، بيانها ما جاء فى توزيع الفرائض بين أصحابها » •

والحق أن هذا الجواب قوى ، ولكن تبقى الأدلة الأخرى للقائلين بالرد ــ سليمة قوية فى جملتها ، ولهذا نرى اختيار هذا الرأى ، وترجيحه على الرأيين الآخرين : فانه ــ بالاضافة الى ما سبق ذكره من الأدلة ــ قد لوحظ فى الرد روح النص ومعقوله ، وأنه يكون بنسبة الفروض التى قدرها الشارع الحكيم ــ فالرد ليس ــ فى الحقيقة ــ الا تشريعا مقتبسا من النص ، يؤازره العقل ، وتؤيده المصلحة الراجحة •

٥ ــ اختلاف الأئمة والفقهاء فيمن يرد عليه من ذوى الفروض ، ومن لا يرد عليه منهم :

القائلون بالرد ــ اختلفوا فيمن يرد عليه ، ومن لا يرد عليه ــ على خمسة أقوال :

الأول : أنه يرد على ذوى الفروض جميعا ــ ما عدا الزوجين ، وبعبارة أخرى : يرد على ذوى الفروض النسبية فحسب ، وهذا رأى جمهور القائلين بالرد من الصحابة والأئمة والفقهاء ، وهو رأى على بن أبى طالب ــ كرم الله

وجهه ومن تابعه ، وبه أخذت الحنفية والحنابلة ، ومن يرون الرد من الشافعية ٠

وحجتهم فى عدم الرد على الزوجين أن الرد انما يستحق بالرحم ، ولا رحم للزوجين ، وبيان ذلك أن سبب الرد ــ على ما سبق ذكره ــ هو القرابة الباقية بعد أخذ الفرض ، وقرابة الزوجية حكمية لا تبقى بعد أخذ الفرض ، فلا رد عليهما لانتفاء سببه بالنسبة اليهما ٠

الثانى : أنه يرد على ذوى الفروض أجمعين ــ حتى الزوجين ، وهو قول سيدنا عثمان رضى الله عنه ٠ وعليه جابر بن زيد من التابعين ٠ وحجته أن الفريضة لو عالت ــ دخل النقص على جميع الورثة ــ ومنهم الزوجان ــ فاذا فضل شىء يجب أن تكون الزيادة لهم جميعا كذلك ــ لأن الخراج بالضمان ، والغنم بالغرم ٠ وقد أجيب عن ذلك بأن ميراث الزوجين ثبت بالنص على خلاف القياس لأن وصلتهما بالنكاح وقد انقطعت بالموت ، وما ثبت على خلاف القياس ــ نصا ــ يقتصر فيه على مورد النص ، ولا نص فى الزيادة على فرضهما ٠ وانما دخل النقص فى نصيبهما بالعول ــ لأن فى ذلك ميلا للقياس النافى لارثهما ، ولا كذلك الرد عليهما لأن فيه زيادة لم يقم عليها دليل ٠ ولا يمكن اثباته بالقياس ــ لأن ما ثبت على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص (١) ٠

هذه الاجابة التى هى رد على من يقول بالرد على الزوجين ــ قد تبدو قوية ، ولكنا لا نسلم بها ، وهى غير مقبولة ــ على اطلاقها ــ فى نظرنا ــ لأن الله جلت حكمته قد ورث كلا منهما ــ من الآخر بالزوجية لحكمة سامية ــ وحاشا أن يكون النص خاليا من الحكمة ــ وهى ما كان بينهما من الأواصر

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٥٢٠ وتبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٤٧ والسيد الجرجانى على شرح السراجية ٠

المتينة القوية بسبب ميثاق عقد الزوجية المتين ــ الذى أنتج أطيب الثمرات ، وجعل منهما شريكين ــ طوال الحياة ــ فى السراء والضراء ، وجعل كلا منهما لباسا وسكنا للآخر ، وجعل الله بينهما مودة ورحمة حتى عد الزواج لذلك من أجل نعمه على عباده .

ولا شك ان هذه المعانى القيمة لا تقل شأنا عن المعانى التى من أجلها ورث الشرع الحكيم القريب من قريبه ــ فكيف يقبل قول من قال : ان ميراث الزوجين ثبت على خلاف القياس ؟! ، وأى مانع يمنع اذا قال من يرى الرد على الزوجين : ان الرد عليهما بالسبب الذى من أجله أخذ كل منهما فرضه ، وتجعل الزوجية التى تعتبر قرابة حكمية ــ قائمة حكما بالنسبة لاستحقاق الفرض والرد جميعا ؟ من أجل هذا تطمئن النفس الى موافقة من يرى الرد على الزوجين على أن يقيد بعدم وجود أحد من الأقارب ، وتكون رتبته بعد ذوى الأرحام وبهذا أخذ القانون .

هذا وقد ضعف بعضهم ماروى عن عثمان رضى الله عنه من القول السابق مستدلا بما نقل عن ابراهيم النخعى أنه قال : « لم يكن أحد من أصحاب النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ يقول بالرد على الزوجين » ، وليس ذلك بشىء لأن خبر المثبت أولى من خبر النافى اذا تعارضا (١) .

القول الثالث : ما أفتى به كثير من المتأخرين من علماء الحنفية وهو الرد على الزوجين اذا لم يوجد أحد من الأقارب ، وكان بيت المال غير منتظم ، بسبب ظلم الحكام وفساد بيت المال ، وهو رأى حسن فى ذاته ، وان خالفوا به أصل المذهب للعلة التى أشاروا اليها ــ وقد ورد فى الأشباه والقنية : يفتى بالرد على الزوجين فى زماننا لفساد بيت المال ، وظلم

---

(١) السيد الجرجانى على شرح السراجية .

الحكام ، وهذا مما أفتى به المتأخرون ـ على خلاف أصل المذهب ـ كما أفتوا بنظير ذلك فى مسألة الاستئجار على تعليم القرآن مخالفين لأصل المذهب ـ خشية ضياع القرآن. وقال المحقق أحمد بن سعد التفتازانى : أفتى كثير من المشايخ بالرد عليهما اذا لم يكن من الأقارب سواهما لفساد الامام وظلم الحكام فى هذه الأيام ·

ويؤخذ مما نقلناه أن متاخرى الحنفية يرون كما هو أصل المذهب ـ عدم الرد عليهما عند انتظام بيت المال ، وصرف ماله فى مصارفه الشرعية ، والرد عليهما عند عدم انتظامه اذا لم يوجد أحد من الأقارب (١) ·

الرابع : ما يروى عن ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ ـ أنه لا يرى الرد على ثلاثة : الزوجين والجدة · أما الزوجان فلا يرد عليهما مطلقا ، وأما الجدة فلا يرد عليها اذا كان معها ذو فرض نسبى ، والا رد عليها (٢) · وحجته فى الزوجين ظاهرة · أما الجدة فحجته بالنسبة اليها أن ميراثها كان طعمة بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «أطعموا الجدات السدس » ، فلا يزاد عليه الا اذا لم يكن ثمة وارث نسبى ·

القول الخامس : قول ابن مسعود : لا يرد على ستة : وهم الثلاثة الذين سبق ذكرهم ، وبنت الابن اذا كانت مع بنت الصلب ، والأخت لأب اذا كانت مع الأخت الشقيقة ، وأولاد الأم اذا كانوا مع الأم ، وبه أخذ علقمة · وذكر بعض شراح السراجية أن الامام أحمد بن حنبل أخذ بهذا القول ·

وحجة ابن مسعود على الثلاثة التى اختص بها أن الفاضل من الفروض مأخوذ بطريق العصوبة ، فيقدم فيه الأقرب فالأقرب (٣) ·

---

(١) الدر المختار و رد المحتار ج ٥ ص ٥٢٠ ·

(٢) كما اذا كانت مع احد الزوجين ، فانه يرد عليها دون الزوجين ـ راجع شروح السراجية ·

(٣) شروح السراجية ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٤٧ ·

وبالنظر فى دليل عدم الرد على الجـدة تجده غير مقنع لأن ميراثها ثابت بالسـنة ، وبالاجمـاع ، وحينئذ فلا وجه للتفرقة بينها وبين سائر أصحاب الفروض النسبية • وكذلك بالنسبة للثلاثة التى اختص بها ابن مسعود ، فان فروضهم ثابتة بالشرع الحـكيم ، وليس الفاضـل مأخـوذا بطـريق العصوبة ـ كما قيل ـ لأن الـرد عـلى أصـحاب الفـروض النسبية انما هو بقدر فروضهم •

٦ ـ موجز لمسائل الرد على راى القـائلين به الا عـلى الزوجين :

هى أربعة أقسام ـ لأن المردود عليه اما صنف واحد أو أكثر ، وعلى كل فاما أن يوجد من لا يرد عليه أو لا يوجد ـ فانحصرت الأقسام فى الأربعة :

الأول : أن يكون فى المسألة جنس أو صنف واحد ممن يرد عليه مع عدم وجود من لا يرد عليه ـ وفى هذه ان كان فردا واحدا كأم أو بنت أو أخ لأم ـ أخذ كل التركة فرضا وردا ـ لأن تقـدير الفـرض انما شرع عنـد المزاحمـة ، ولا مزاحمـة هنا فيعطى جميع التركة للموجود • وان كان أفراد هذا الصنف متعددين ـ فاجعل المسألة من عدد رءوسهم لاستواء الكل في الاستحقاق الأصلى ، فيستوون فى المردود أيضـاً ، وذلك كمـا اذا ترك الميت بنتين أو ثلاث أخـوات شقيقات ، فتكون المسـألة من اثنين فى المثـال الأول ، ومن ثلاثة فى المثال الثانى •

الثانى : أن يكون فى المسـألة صنفان أو ثلاثة ـ ممن يرد عليه ، وليس معهم من لا يرد عليه ، وفى هذه يجعل أصل المسألة الجديد من مجموع سهامهم المأخوذة من مخرج المسألة •

وتقسم التركة عليهم بنسبة سهامهم . ففى أم وأخوين لأم يكون أصل المسألة من ستة لاجتماع ثلث وسدس ولكنها ترد الى ثلاثة ، وهو مجموع سهام الورثة . وفى بنتين وأم يكون أصل المسألة أيضا من ستة ، ولكنها ترد الى خمسة : مجموع السهام . وهكذا .

الثالث : أن يكون فى المسألة مع الصنف أو الجنس الواحد ممن يرد عليه ــ من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين . والقاعدة فيه أن تجعل أصل المسألة مخرج نصيب من لا يرد عليه (وهو مقام الكسر الذى يستحقه) . ويعطى فرضه منه، ثم يقسم الباقى على رءوس من يرد عليه ان كان متعددا، فان كان واحدا فأعطه الباقى جميعه ، ففى زوج وبنت ابن يعطى الزوج فرضه ، وهو الربع ــ من أقل مأخذ فرضه وهو أربعة اذ هو هو أقل عدد يؤخذ منه الربع عددا صحيحا، فيأخذ سهما ، والباقى وهو ثلاثة يعطى لبنت الابن فرضا وردا ــ لعدم المزاحم . وفى زوج وثلاث بنات يعطى الزوج فرضه الربع من أربعة أيضا ، والباقى وهو ثلاثة يقسم على عدد رءوس البنات ، لكل بنت سهم ، وهنا تستقيم القسمة على عدد الرءوس . فان لم يستقم الباقى على عدد رءوس من يرد عليه ــ اتبع فى تصحيح المسألة الطريقة الفرضية المعروفة ــ كما فى المثالين الآتيين :

الأول : توفيت امرأة عن

زوج	٦ بنات		
١/٤	٣/٤	أصل المسألة من	١٢
١	٣	وبالــــرد	٤
		جزء السهم :	٢
٢	٦	وبالتصحيح تصير	٨

فللزوج سهمان ، وللبنات ستة ، لكل واحدة سهم ، وذلك بضرب وفق عدد رءوس البنات فى مخرج فرض من

لا يرد عليه . ونظرا لأن بين الباقي وهــو ثلاثة وبين عــدد الرءوس وهو ستة ــ موافقة بالثلث ــ يقسم عــدد الرءوس على ثلاثة ، فيكون الناتج اثنين ، ثم يضرب هذا فى أربعــة وهو أصل المسألة بالرد ــ فيكون تصحيح المسألة من ثمانية .

المثال الثانى : توفيت امرأة عن :

زوج	و ٥ بنات		
١/٤	٢/٣	أصل المسألة من	١٢
١	٣	وبالــــرد :	٤
		جزء السهم :	٥
٥	١٥	وتصح من	٢٠

وانما صحت من ٢٠ لأن الباقي بعد السهم الذى أخذه الزوج من مخرج فرضه ــ هو ثلاثة ، وذلك لا يستقيم عــلى عدد رءوس البنات ، وبين الباقي وعدد الرءوس مباينــة ــ فيضرب عدد الرءوس فى مخرج فرض من لا يرد عليه (أي الأربعة) ، فيحصل عشرون : يعطى منها للزوج خمســة ، وللبنات الخمس : خمسة عشر ، لكل واحدة ثلاثة (١) .

ومن الميسور أن تتبع فى هذا القسم ، والقسم الرابع الذى يليه طريقة الحساب المشهورة ، ومنها تجنيس الكسور ، واستخراج المضاعف البسيط للكسور المبينة لجميع الانصباء ــ اذا لم تنقسم السهام على الورثة قسمة صحيحة ، وأردت تصحيح القسمة ــ ففى المثال الثاني المذكور ــ لأجل تصحيح القسمة تاتى بالمضاعف البسيط للكســور المبينة للانصباء وهى ١/٤ للزوج و ٣/٢٠ لكل بنت من البنات الخمس ، فيكــون المضاعف المــذكور هــو ٢٠ : للــزوج ٥/٢٠ أى ربع التركة ،

---

(١) ملاحظة : جزء السهم هو عدد الرءوس الذى انكسرت عليه السهام ان كان بينهما تباين فان كان بينهما توافق او تداخل ــ كان جزء السهم وفق عدد الرءوس « ووفقهــا خارج قسمتها على القاسم المشترك بينها وبين السهام » .

وللبنات الخمس $\frac{١٥}{٢٠}$ وهي ثلاثة أرباع التركة ــ لكل واحدة منهن $\frac{٣}{٢٠}$.

كذلك من السهل ــ اذا كانت التركة معلومة القدر ــ أن تبدأ باعطاء أحد الزوجين فرضه من التركة ، وما بقي منها بعد فرضه يقسم على من معه من أصحاب الفروض النسبية ــ بنسبة سهامهم ، فيكون نصيب كل ذي فرض منهم من هذا الباقي هو ما يستحقه من التركة فرضا وردا .

القسم الرابع : ــ أن يكون مع القسم الثاني الذي سبق ذكره ــ من لا يرد عليه من أحد الزوجين ، وفي هذه الحال أيضا يجعل أصل المسألة مخرج نصيب من لا يرد عليه ، ويعطى فرضه من مخرجه ، ثم يقسم الباقي على من يرد عليهم بنسبة فروضهم ــ ففي زوجة ، وجدة واختين لأم ؛ للزوجة سهم من مخرج فرضها وهو أربعة الذي جعل أصلا للمسألة ، ثم يقسم الباقي وهو ثلاثة بين الجد والاختين لأم بنسبة السدس الى الثلث أي بنسبة ١ ــ الى ٢ ، وفي حالة انكسار السهام تصحح المسألة بمثل الطريقة السابقة . وما قلناه ــ فيما سبق ــ من امكان اتباع الطريقة الحسابية ــ يمكن اتباعه في هذه الحالة ــ ففي المثال المذكور يعطى أحد الزوجين فرضه من أصل التركة ، ويقسم الباقي منها على باقي الورثه قسمة تناسبية ، فتأخذ الزوجة الربع فرضا ، والجد الربع فرضا وردا ، والأختان لأم النصف كذلك ، وهكذا :

٧ ــ الرد في القانون :

عرضت المادة ٣٠ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ــ للرد ، فقضت في الفقرة الأولى منها بأنه اذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبة من النسب فان الباقي يرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ، وقضت الفقرة الثانية منها بالرد على أحد الزوجين

اذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام ٠

وبناء على هذا يكون القانون قد أخذ برأى جمهور الصحابة ومن وافقهم من الأئمة والفقهاء ــ فى الرد على ذوى الفروض ما عدا الزوجين ، وان كان قد خالف الحنفيه ومن تابعهم فى تقديم الرد على العصبة السببية ، فالرد على ذوى الفروض النسبية مقدم على ذوى الأرحام وعلى العاصب السببى ٠ وأخذ القانون برأى عثمان بن عفان رضى الله عنه فى الرد على أحد الزوجين فى حالة ما اذا لم يوجد عاصب نسبى ، ولا أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا أحد من ذوى الأرحام ، ومعنى ذلك أنه لم يأخذ برأى سيدنا عثمان فى جعله الرد على الزوجين مثل الرد على سائر أصحاب الفروض ــ فى مرتبة واحدة ، بل جعل رتبة الرد عليهما بعد ذوى الأرحام ، وان كانت مقدمة على العاصب السببى أيضا ٠

وقد قالت المذكرة التفسيرية فى بيان ذلك : « رئى من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام ٠ فاذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا من العصبة النسبية ، ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين ــ أخذ كل التركة فرضا وردا ــ لأن صلة الزوجين فى الحياة تقضى بأن يكون لأحدهما فى هذه الحالة الحق فى مال الآخر ــ بدلا من المستحقين الآخرين ٠ واقتصر فى الأخذ بمذهب عثمان بن عفان على ما اذا لم يوجد مع أحد الزوجين ذو فرض أو ذو رحم ــ محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقرابته قال الله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » ٠

وكذلك رئى من المصلحة تقديم الرد على ذوى الفروض النسبية ، وتوريث ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين ــ على غير العصبة من النسب ، أخذا برأى كثير من الصحابة ، منهم عبد الله بن مسعود ــ رضى الله عنه » ٠

مراجع بحوث الميراث

١ ـ السراجية فى فرائض الحنفية ·

٢ ـ شرح السراجية للسجاوندى ، وللسيد الجرجانى ·

٣ ـ الرحبية وشرحها للامام سبط الماردينى ، وحاشية البقرى عليه ·

٤ ـ شرح السبتى على الرحبية ·

٥ ـ فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب ·

٦ ـ رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين جـ ٥ ·

٧ ـ تبيين الحقائق للامام الزيلعى جـ ٦ ·

٨ ـ الجزء الثانى من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد (كتاب الفرائض) ·

٩ ـ شرح قانون المواريث الجديد للمرحوم الأستاذ عبد الوهاب خلاف ·

١٠ـ أحكام التركات والمواريث للعالم الجليل الأستاذ محمد أبو زهرة ·

١١ـ التشريع الاسلامى للمؤلف ·

١٢ـ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ·

١٣ـ المذكرة التفسيرية لهذا القانون ·

١٤ـ منح الجليل ·

١٥ـ حاشية ابن المدنى على الزرقانى ·

بحوث فقهية أخرى

كما ذكرنا ـ فيما مضى ـ بحوثا فقهية للدراسة المقارنة في بابي الوصية والميراث ـ نذكر لك بحوثا أخرى لتلك ـ الدراسه ـ مما يحتمله المقـام ؛ وقد ناتي ـ في تضـاعيف ذلك بنمـاذج من بعض الـكتب التي عنيت بذكر اختـلاف العلماء والأئمة في الأحكام الفقهية :

اختلاف الأئمة والفقهاء في النكول عن اليمين ، وفي رد اليمين على المدعي

١ ـ معنى النكول وحجيته واختلاف الائمة فيها :

النكول عن اليمين هـو الامتناع عنهـا اذا وجهت من القاضي الى المدعى عليه ـ بناء على طلب المدعي ـ على ما هو معروف في حكم الدعوى (١) وهو حجة عند الحنفية ـ يثبت بها المدعى به فاذا أنكر المدعى عليه الدعوى ، وكلف المدعي اثباتها ، فعجز عن الاثبات ، وطلب يمين المـدعى عليـه ، فوجهت اليه من القاضي وامتنع عنها . حكم عليه بدعوى المدعي عندهم . غير أنه ينبغي للقـاضي ألا يحـكم عليـه بالنكول الا بعد ان يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ـ مبالغة في الاعذار ، ولكن لو قضى عليه بالنكول بعد العرض مرة ـ جاز وهو الصحيح (٢) ولو قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف ـ لا يلتفت اليه ، والقضاء على حاله لأنه أبطل حقـه في اليمين بالنكول الذي اتصل به القضاء ، فلا يعود اليه هذا الحق . أما اذا أراد أن يحلف بعد النكول وقبل القضـاء ـ

---

(١) يعلم تفصيل ذلك بالرجوع الى بحوث المرافعات الشرعية في كتب المذهب الحنفي وغيره .

(٢) المرافعات الشرعية للمؤلف طبعة سنة ١٩٢٢ ص ٨٥ .

فانه يجاب الى طلبه ـ لأن النكول لا يصير حجة ملزمة عند الحنفية الا اذا اتصل به القضاء (١) وخالف الشافعي رحمه الله الحنفية ـ فقال ان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة ـ كما هو الشأن في المسلم ـ ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة ـ كما فعل عثمان رضى الله عنه ـ لما وجهت اليه اليمين ، فامتنع عنها ، وقال : أخاف أن يوافقها قضاء ، فيقال : ان عثمان حلف كاذبا . ويحتمل أيضا أن يكون نكوله لاشتباه الحال بأن كان لا يدرى أصادق هو فى انكاره فيحلف ، أم كاذب فيه فيمتنع ، وهذا يظهر اذا كان بين المدعى والمدعى عليه تعامل وحساب طال عليه الزمن . وبناء على ذلك لا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال ، بل ترد اليمين على المدعى ـ فاذا حلف قضى له بما يدعيه . وقول مالك رحمه الله فى هذا كقول الشافعي (٢) . وسيأتى بيان ذلك فيما بعد . وبعضهم اعتبر القضاء بالنكول ـ قضاء بالقرائن فى الحقيقة .

٢ ـ أيعتبر النكول عن اليمين اقرارا أم بذلا ؟

ومع اتفاق الحنفية على اعتبار النكول حجة ـ اختلف الامام مع صاحبيه فى ذلك : فأبو حنيفة اعتبر النكول بذلا ، ومعنى البذل ترك منع المدعى والاعراض عن منازعته فيما يدعيه ، وحجته أن النكول عن اليمين يحتمل أن يكون بذلا ويحتمل أن يكون اقرارا ـ لحصول المقصود بكل منهما . لكن حمله على البذل أولى من حمله على الاقرار لأنه لو جعل اقرارا لكذبناه فى انكاره السابق ، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى لما فيه من صيانة المسلم من أن يظن به الكذب .

والصاحبان اعتبرا النكول اقرارا ـ أى بدلا عن الاقرار ، وقائما مقامه فى قطع الخصومة ، أو هو بمنزلة الاقرار ،

---

(١) المصدر السابق .

(٢) طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية للشيخ احمد ابراهيم ص ٢٤٣ طبعة سنة ١٣٤٧ هـ .

وان لم يكن اقرارا من كل وجه ـ آلا ترى أن الاقرار موجب للحق بنفسه ـ لا يتوقف على قضاء القاضى ، أما النكول عن اليمين فلا يثبت به الحق بمجرد حصوله ، وانما يصيركالاقرار بقضاء القاضى ٠

وحجة الصاحبين ان النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب فى انكاره السابق ، وانه مقر ـ فى المعنى بما ادعاه المدعي ـ اذ لولا ذلك لأقدم على اليمين ـ لأن فى اليمين الصادقة الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم ، وبها صيانة مال الحالف ، وعرضه ، بدفع تهمة الكذب عن نفسه، والعاقل يميل الى مثل هذا طبعا ـ فالظاهر أنه امتنع عنها توقيا لما يترتب على اليمين الكاذبة من الاثم، وايثارا للرجوع الى الحق ، وهو أولى من التمادى فى الباطل ٠ ولا وجه لحمل النكول على البذل لأن النكول يصح ممن لا يصح منه البذل كالمكاتب والعبد المأذون له فى التجارة ، ويصح فى الدين ولا يجوز بذله ، ويجب على القاضى أن يقضى به ، ويصح ايجابه فى الذمة ابتداء ، ولو كان بذلا ما صح وما وجب ـ فتعين أن يكون اقرارا أو بمنزلة الاقرار ، أى بدلا عنه ٠

وأنت اذا وازنت بين الرأيين وأدلة كل منهما تبين لك رجحان رأى الصاحبين ، وقوته ٠

ولما كانت فائدة الاستحلاف هى القضاء بالنكول ، وكان النكول بذلا عند أبى حنيفة ، وقائما مقام الاقرار عند الصاحبين ، وكان بعض الأشياء لا يصح فيها البذل ، وبعض الدعاوى لا تثبت باقرار فيه شبهة لأن الحكم يندرىء فيها بالشبهات « والنكول اقرار فيه شبهة » ـ لما كان الأمر كذلك ـ اختلف الامام وصاحباه فى أحكام بعض المسائل ، واتفقوا فى أحكام بعضها من حيث التحليف فيها أو عدم التحليف على الوجه الآتى :

(أ) فدعاوى الأموال وما فى حكمها كالحقوق ـ يحلف فيها على قولهم جميعا لأنها من جهة يصح فيها البـذل ، ومن جهة أخرى تثبت بالاقرار ٠

(ب) وفى الحدود واللعان ـ لا يستحلف المنكر اتفاقا ٠ أما على قول الامام فلأن البذل لا يصح فى شىء منها ، واما على قولهما فلأن النكول اقرار فيه شبهه لانه هو فى نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين ، والحدود تندرىء بالشبهات ، واللعان فى معنى الحد ـ غير أنه فى السرقة اذا طلب المسروق منه ضمان المال ـ يستحلف السارق ـ فاذا نكل عن اليمين ضمن المال ، ولكنه لا يحد ٠ وذلك لأن المنوط بفعله شيئان : أولهما ضمان المال ، وهذا يصح فيه البـذل والاقرار ، وثانيهما الحد ، وهو لا يثبت بالنكول على كلا القولين ٠

(جـ) وهنالك اشياء تثبت بالاقرار ٠ ولكن لا يصح فيها البذل ، وفى هـذه يستحلف المنـكر عـلى قولهما ، ولا يستحلف على قوله ، وهى سبعة بالاستقراء ، وهى دعوى النكاح المجردة عن المال ، والرجعـة ، والفىء فى الايلاء ، والنسب ، والـرق ، والولاء ، والاستيلاد (١) وقد عدها بعضهم ستة بادخال الاستيلاد فى النسب ٠ ففى هذه المسائل لا يستحلف المنكر على قول أبى حنيفة لأنه اعتبر النكول بذلا واباحة (٢) ٠

وهذه الأشياء السبعة لا يجرى فيها البـذل والاباحة ـ فلم يبق للاستحلاف فائدة عنـده ٠ أما الصـاحبان فانهما يريان التحليف فيها لأنهما يعتبران النكول اقرارا ، وهـذه الأشياء يصح الاقرار بها ، فكان فى توجيه اليمين فائدة ٠ والفتوى على قولهما ـ كما فى الكنز وغيره ـ وقيل ينبغى

---

(١) ليس هنا موضع بيانها بالتفصيل لأنه غير داخل فى بحثنـا ـ فيرجع فيها الى المرافعات الشرعية والى كتب المذهب الحنفى ٠

(٢) راجع تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٩٧ ٠

للقاضى أن ينظر فى حال المدعى عليه : فان رآه متعنتا يحلفه ــ أخذا بقول الصاحبين ، وان رآه مظلوما لا يحلفه ــ أخذا بقول الامام « راجع تكملة فتح القدير » .

٣ ــ اختلاف الأئمة والفقهاء فى الحكم بالنكول ، ورد اليمين :

سبق القول بأنه اذا عجز المدعى عن اقامة البينة واثبات دعواه ، فله توجيه اليمين الى المدعى عليه ليحلف على نفى دعواه ، فاذا نكل وامتنع عن اليمين ، فهل يحكم عليه بمقتضى نكوله ؟ .

اختلفت الأئمة من فقهاء المسلمين على أربعة أقوال :

القول الأول : أن النكول عن اليمين من طرق الحكم ؛ فيحكم على المدعى عليه اذا نكل عن اليمين ، ولا ترد يمين على مدع ، وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وقول أحمد فى احدى الروايتين . وبه قال أبو حنيفة وأصحابه واختاره أصحاب أحمد (١) .

استدل الحنفية ومن وافقهم بعدة أدلة منها :

أولا : قوله عليه الصلاة والسلام ، كما جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى : « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم . لكن اليمين على المدعى عليه » جعل جنس اليمين على المنكر ، لأن الألف واللام للاستغراق ؛ وليس وراءه شىء حتى يكون على المدعى ، ولقوله عليه الصلاة والسلام أيضا : « والبينة على المدعى واليمين على من أنكر » ــ قسم بينهما ، والقسمة تنافى الشركة وفيه الألف واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين (٢) .

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ، وطرق القضاء للشيخ أحمد ابراهيم

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٩٤ .

وثانيا : ما روي عن عمر رضي الله عنه أن امرأة ادعت عنده على زوجها أنه قال لها : حبلك على غاربك ، فحلف عمر الزوج : ما أردت طلاقا ، فنكل فقضى عليه بالفرقة (١) .

وثالثا : ما رواه مالك ان عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم ، وباعه بالبراءة من كل عيب ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم يسمه . فقال ابن عمر : انى بعته بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على ابن عمر باليمين ، أن يحلف له : لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف له ، فحكم عليه عثمان بنكوله ، ورد عليه العبد . فلم ينكر ذلك ابن عمر من حكمه قال ابن القيم : فهل يوجد امامان أعلم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبمعنى حديثه منهما ؟ (٢) .

ورابعا : ما رواه شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى ، رضى الله عنهم ، أنهم قضوا بالنكول ، ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك ، فحل محل الاجماع (٣) ونقل الزيلعي أنه روي عن علي أنه وافق اجماعهم لما روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى ، فقال ليس لك اليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدى على ، فقال له على رضى الله عنه : قالون ، ومعناها بالرومية أصبت . ودعوى الاجماع غير مسلم بها لثبوت الاختلاف ، وما نسبته كتب الحنفية مما روى عن على وشريح ، قد روى غيره عنهما ، كما سيأتى بعد .

وخامسا : لأن النكول يدل على كونه باذلا أو مقرا ، اذ لولا ذلك لأقدم على اليمين أداء للواجب ، ودفعا للضرر عن

---

(١) المصدر السابق .
(٢) الطرق الحكمية .
(٣) حاشية الزيلعى جـ ٤ ص ٢٩٥ .

نفسه ، فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه (١) . وذلك لأن الظاهر انه يأتي بالواجب عليه من الحلف ويدفع به الضرر عن نفسه ، فلا يترفع عن اليمين الصادقة ، وأما التورع عن اليمين الكاذبة فلأنه لا يكون بترك الواجب ، بل باعطاء خصمه حقه ، فيسقط الواجب عن عهدته ، وأما اشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لايترك الواجب عليه ، بل يتحرى ، فيقدم على اقامة الواجب وهو اليمين أو يعطى حق خصمه ، واذا لم يبق الا أن نعتبر الناكل اما باذلا ، على ما رآه الامام ، أو مقرا على ما ذهب اليه الصاحبان (٢) . ثم قال الزيلعي : ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما روينا من أن اليمين على المنكر .

القول الثاني : أنه لا يقضى بالنكول ، بل ترد اليمين على المدعى : فان حلف قضى له ، وان نكل لا يقضى له بشيء . وهذا مروى عن عمر وعلى والمقداد بن الاسود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت ، والأوزاعى وابراهيم النخعى ، وابن سيرين وشريح ، وهو مذهب مالك والشافعى ، وصوبه الامام أحمد (٣) .

وقد استدل هؤلاء أيضا بما يأتي :

أولا : أن اليمين انما وجبت — فى الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له ، لتمسكه بالبراءة الأصلية ، اذ الأصل براءة ذمته مما يدعيه المدعى، فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعى ، فيحلف (٤) . وقد رد أصحاب الرأى الأول هذا الدليل بأنهم لا يسلمون بأن المدعى صار منكرا ، اذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر ، وعدم لزوم اليمين على معين ،

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦ .

(٢) الزيلعى وطرق القضاء .

(٣) راجع الطرق الحكمية . وكتاب طرق القضاء فى الشريعه الاسلامية

(٤) تبيين الحقائق .

ويلزم التسلسل في رد اليمين ، وكل ذلك باطل ، فكذا ما يؤدى اليه (١) ٠

وثانيا : لما سبق ذكره من أن النكول يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال على المدعى عليه ، أو لأجل التورع عن اليمين الكاذبة ، او لاجل الترفع عن اليمين الصادقة ، كما فعل عثمان رضى الله عنه ـ فلا يكون النكول حجة مع هذا الاحتمال ، فلا يقضى به ٠ ونوقش هذا من أصحاب القول الاول أيضا بأن اليمين واجبة على المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « واليمين على من أنكر » وبها يدفع الضرر عن نفسه ٠ والعاقل المتبع لدينه لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه التى يحتملها النكول ٠ على ما سبق بيانه فى الدليل الخامس من أدلة القول الأول ٠

وثالثا : ما رواه الدارقطني من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رد اليمين على طالب الحق ، وما رواه الشعبى أن المقداد استسلف من عثمان سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال : انما هى أربعة آلاف فقال عثمان انها سبعة ، وقال المقداد ما كانت الا أربعة ٠ فلم يزالا حتى ارتفعا الى عمر : ـ فقال المقداد : يا أمير المؤمنين : ليحلف أنها كما يقول وليأخذها ، فقال عمر أنصفك ، احلف أنها كما تقول ، وخذها ، فلم يحلف عثمان رضى الله عنه ، فقال عمر : خذ ما أعطاك ـ فهذا عمر قد حكم برد اليمين ، ورأى المقداد ذلك ، ولم ينكره عثمان ، فهؤلاء ثلاثة من أجلاء الصحابة قالوا برد اليمين ٠ ولكن الحنفية أجابوا عن هذا بأن المقداد كان يدعى الايفاء على عثمان ، وعثمان ينكره ، فاليمين انما وجهت الى المنكر ٠

---

(١) تكملة فتح القدير ٠

كذلك استدلوا بما روى عن على رضى الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليــه ، وروى عن شريح أنه كان يقضى برد اليمين ، فاذا قضى على المدعى عليه اليمين ــ أى قال له احلف ــ فردها عــلى الطالب ، فلم يحلف ــ لم يعطــه شيئا (١) ٠

وبالنظر فى القولين السابقين ، وفى أدلتهما ــ نجد أن لكل منهما ما يؤيد وجهة نظره ، وفى كل منهما قوة ومقنع، ولذلك فنحن نميل الى أنه اذا نكل المدعى عليه عن اليمين ــ فان القاضى يتحرى وينظر فى الشواهد والقرائن التى تحف بالدعوى فان وجدها مرجحة لكذب المدعى عليــه فى انكاره السابق ــ حكم عليه بالنكول كما يقضى بذلك القول الأول ، وان وجدها مرجحة لكون نكوله ناشــئا عن الاشــتباه ــ رد اليمين على المدعى كما يقضى بذلك الرأى الثانى

القول الثالث : أنه لا يقضى عليــه بنــكول ، ولا برد يمين (٢) ، بل يجبر المدعى عليه على اليمين ، شاء أم أبى ــ بالضرب والحبس ٠ وهذا قول ابن حزم ومن وافقه من أهل الظاهر ــ محتجين بأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا اجمــاع ــ بالقضاء بالنكول ، ولا باليمين المردودة وهذا القول ضعيف لما تقدم من الأدلة ، ولأنه لو ترك ونكوله لأفضى الى ضياع حقوق الناس بالصبر على الحبس ، فاذا نكل عن اليمين ضعف جانب البراءة الأصلية فيه ، وقوى جانب المدعى : فاما أن يحكم على المدعى عليه بالنكول كالرأى الأول ، وأما أن ترد اليمين على ــ المدعى كالرأى الثانى ٠

---

(١) تبيين الحقائق ، والطرق الحكمية ، وطرق القضاء ، وفقه الاسلام ٠

(٢) أصحاب هذا الرأى قالوا لا ترد اليمين الا فى ثلاثة مواضع : أحدها القسامة ، والثانى الوصية فى السفر اذا كان الشهود فيها غير مسلمين ، والثالث اذا أقام المدعى شاهدا واحدا فانه يحلف معه ، وسبب استثنائها فى نظرهم أن نص القرآن جاء برد اليمين فى مسألة الوصية ، ونص السنة جاء فى مسألتى القسامة والشاهد واليمين ــ فاقتصروا على ما جاء به النص ، ولم يعدوا ذلك الى غيره ــ الطرق الحكمية ص ١١٨ ، ١١٩ ٠

القول الرابع : ـ قول شيخ الاسلام ابن تيميه ، وهو توفيق بين القولين الأول والثانى ، ودفع للتعارض بين النصوص التى استدل بها كل من الفريقين ـ قال ـ رحمه الله :

ليس المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم فى النكول ورد اليمين بمختلف ، بل هذا له موضع ، وهذا له موضع .

فكل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به ، فرد المدعى عليه اليمين ، فانه ان حلف استحق ، وان لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه . وهذا كحكومة عثمان والمقداد ، فان المقداد قال لعثمان : إحلف أن الذى دفعته الى كان سبعة آلاف ، وخذها ـ فالمدعى هنا يمكنه معرفة ذلك والعلم به ، كيف وقد ادعى به ، فاذا لم يحلف لم يحكم له الا ببينة أو اقرار . وفى كل موضع لا يعلم المدعى جلية الأمر فيما يدعيه ، بل المدعى عليه هو المنفرد بمعرفته فانه اذا انكل عن اليمين ـ حكم عليه بالنكول ، ولم ترد اليمين على المدعى ـ كحكومة عبد الله بن عمر وغريمه فى مسألة بيع الغلام ـ فان عثمان قضى عليه أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه وهذا يمكن أن يعلمه البائع ، فانه انما استحلفه على نفى العلم ـ فلما امتنع عن هذه اليمين ـ قضى عليه بنكوله اذ لم تبق حاجة لرد اليمين على المدعى . قال : وعلى هذا اذا وجد بخط أبيه فى دفتره أن له على فلان كذا ، فادعى به عليه ، فنكل ، وسأل تحليف المدعى أن أباه أعطاه كذا ـ فانه لا يجاب الى طلبه لأن المدعى عليه هو الذى ينفرد بعلم ذلك (١) ولا شك أن هذا تفصيل حسن ، ورأى له ما يقويه ويؤيده .

---

(١) الطرق الحكميه ص ٨٦ .

مراجع هذا البحث

١ ـ الطرق الحكمية لابن القيم .

٢ ـ طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية للشيخ أحمد ابراهيم

٣ ـ تبيين الحقائق ج ٤ للامام الزيلعى .

٤ ـ تكملة فتح القدير .

٥ ـ فقه الاسلام للمؤلف .

٦ ـ المرافعات الشرعية للمؤلف .

بشاهد واحد ويمين المدعى

١ ـ اذا أقام المدعي شاهدا واحدا ، وعجز عن الآخر ـ فهل يحلف المدعى ، ويقضى له بشاهده ويمينه ، أم أنه لابد من شاهد آخر ـ فلا يحلف المدعى ، ولا يقضى بيمينه أصلا ؟

اختلف الأئمة والفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن المدعى اذا أقام شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ـ يحلف ، فاذا حلف ـ قضى له بشاهده ويمينه ، وهو مذهب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم : منهم الخلفاء الأربعة الراشدون ، وأبى بن كعب ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبى وربيعة ، وفقهاء المدينة والناصر والهادوية ، ومالك والشافعي وأحمد وأهل الحجاز جميعا (١) .

وحجة هذا القول عدة أحاديث رواها نيف وعشرون من الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قضى بشاهد ويمين ـ منها :

أولا : ما رواه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ـ قضى بيمين وشاهد .

وثانيا : ما رواه أحمد والدارقطني عن علي بن أبى

---

(١) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٤ ص ١٩٤ نقلا عن الاتقانى ، وطرق القضاء للشيخ أحمد ابراهيم ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

طالب أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ قضى بشهادة شــاهد واحد ويمين صاحب الحق ٠

وثالثا : ما روى عن ربيعة عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة : « أن النبى ــ صلوات الله عليه ــ قضى باليمين مع الشــاهد الواحــد » ــ رواه ابن ماجه والترمدى وأبو داود ٠ الى غير ذلك من الأحاديث (١) ٠

وقد نوقشت هذه الآثار من جانب الذين لا يرون القضاء بشاهد ويمين المدعى بأن ما رواه الشــافعى ضعيف ــ رده يحيى بن معين فلا يعارض الحديث المشهور : « البينة عــلى المدعى واليمين على من أنكر » ، ولأن الحديث الثالث يرويه ربيعة عن سهيل بن أبى صالح ، وقد أنكره سهيل ــ فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى ــ فضــلا عن أن يكون معارضــا للمشاهير ، ولأنه يحتمل أن يكون معناه : قضى تارة بشاهد ، يعنى بجنسه ، وتارة بيمين ، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما ، وهذا كما يقال : ركب فلان الفرس والبغل ، والمراد عــلى التعاقب ، ولئن سلم أنه يقتضى الجمع ــ فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى ، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المــدعى عليه ، وهم يقــولون به ــ لأن الشــاهد الواحــد لا يعتبر ، فوجوده كعدمه ــ فيرجع الى يمين المنكر ــ عمــلا بمشــاهير الأحاديث الأخرى التى تفيد قصر البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه (٢) ٠

وما وجه الى الأحاديث السابقة غير مسلم به : فهى ردود ضعيفة ، وذلك لأن أحاديث القضاء بشــاهد ويمين المــدعى قد رواها جمع عظيم من الصحابة ، واشتهرت بين المحدثين ، وروى كثير منها فى الكتب الستة ما عدا صحيح البخارى ، وأما حديث : « البينة على المدعى ٠٠٠ » فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة ، وانكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة ــ سببه أنه أصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ، ونسى

(١) المصدر السابق ٠

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٩٤ ٠

بعض حديثه ، فهو انما قال : « لا أحفظه ولا أتذكره » ، وهذا لا يضر بعد أن ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى ـ بعضها صحيح ، ورجاله كلهم ثقات . وما قيل من الاحتمال المذكور ـ فيه تعسف ، يصعب قبوله والتسليم به ، ويضعفه ما صرح به في الحديث الثاني من أنه قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق ، كما يوهنه أيضا أن العليم باللغة ـ يعرف أن المعية تقتضي أن تكون بين شيئين من جهة واحدة لا في المتضادين ـ كما قال ابن عربي (١) .

القول الثاني : لا يحلف المدعي ، بل لابد من شاهد آخر . فان عجز عنه وجهت اليمين الى المدعى عليه بناء على طلب المدعي ـ على ما سبق بيانه في مبحث النكول عن اليمين وهو مذهب الحنفية الذين لا يجيزون الحكم بشاهد ويمين المدعي ـ حتى قالوا لو قضى القاضي بذلك ـ لا ينفذ قضاؤه لمخالفته للحديث المشهور : البينة على المدعي واليمين على من أنكر (٢) . ـ فهم يخالفون الشافعية ومن وافقهم في موضعين : أحدهما اذا أبى المدعى عليه الحلف ـ حلف المدعي عند الشافعي ، فان حلف قضى له على المدعى عليه ، والثاني : اذا أقام المدعي شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر وحلفه المدعي ـ قضى له أيضا ، وعند الحنفية : لا يقضى بيمين المدعي في الموضعين (٣) .

وممن ذهب الى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين : زيد بن علي بن الحسين ، والزهري والنخعي وابن شبرمة والامام يحيى ، وأبو حنيفة وأصحابه ـ رحمهم الله أجمعين .

استدل الحنفية بما يأتي :

أولا : بما روى أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم

---

(١) طرق القضاء .

(٢) راجع التنوير والدر في الكلام على ما لا ينفذ من قضاء القاضي .

(٣) حاشية الشلبي على الزيلعي .

ودماءهم ، لكن البينة على المدعى، واليمين على من أنكر(١)»، وبحديث : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٢) ، ووجه استدلالهم بذلك أن الحديث قسم بين الخصمين ، فجعل البينة على المدعى ، واليمين على المنكر ، والقسمة تنافى الشركة — لأنها تقتضى الخلط وعدم التمييز ، والقسمة تقتضى التمييز • ولأن الحديث يفيد أن جنس البينة على المدعى ، وجنس الأيمان على المنكرين ، ومعنى ذلك ان جميع أفراد البينة على المدعين ، وجميع أفراد الأيمان على المنكرين — فلو ردت اليمين على المدعى — لزم المخالفة لهذا النص •

وثانيا : يقول الله تعالى : » واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » ، وقوله : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، فالقضاء بشاهد ويمين مخالف لكتاب الله وللسنة المشهورة — فيجب أن يرد •

٢ — وبالتأمل نجد أن القضاء بشاهد ويمين المدعى لا مخالفة فيه للكتاب ولا السنة — لأن عدم ذكر الشاهد واليمين فى الكتاب لا يستلزم عدم صحة القضاء بهما ، خصوصا وقد وردت بذلك السنة الصحيحة ، وليس فى سنن رسول الله سنة واحدة تخالف كتاب الله • وأحاديث العمل بالشاهد واليمين — كما ذكر الامام الشوكانى — أتت بزيادة على ما دل عليه قوله تعالى «واستشهدوا شهيدين من رجالكم»، وعلى ما دل عليه قوله — صلى الله عليه وسلم — « شاهداك أو يمينه » ، وهذه الزيادة غير منافية للأصل — فقبولها محتم ، وغاية ما يقال — على فرض التعارض — أن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين ، وعدم جواز الحكم بمجردهما ، وهذا المفهوم مردود

---

(١) متن الأربعين النووية ، وذكر انه حديث حسن رواه البيهقى وغيره هكذا •

(٢) تبيين الحقائق ، وطرق القضاء •

عند أكثر أهل الأصول ، ولا يقوى على معارضة المنطوق المستفاد من أحاديث العمل بالشاهد واليمين . هذا الى أن الحنفية لا يعملون أصلا بمفهوم العدد ، فالحجة عليهم أوضح واتم (١) .

وقال ابن تيمية ما خلاصته : القرآن لم يذكر الشاهدين، والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ، وانما ذكر هذين النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الانسان حقه ـ كما في آية التداين ـ تعليما وارشادا لما تحفظ به الحقوق . وما تحفظ به الحقوق شيء ، وما يحكم به الحاكم شيء آخر ـ فان طرق الحكم أوسع من الشاهدين ، والرجل والمرأتين ، فان الحاكم يحكم بالنكول ، ولا ذكر له في القرآن ، فان كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفا لكتاب الله ـ فالحكم بالنكول أشد مخالفة .

فان قال أصحاب القول الثاني : ان الأحاديث التي أخذنا بها شهيرة ، فوجب العمل بها لشهرتها ـ قيل لهم : أحاديث القضاء بالشاهد أو اليمين رواها نيف وعشرون صحابيا ، وفيها ما هو صحيح ـ فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة ؟ (٢) .

٣ ـ وممن انتصر للرأى الأول ابن عربي : والشوكاني، وابن تيمية ، وابن قيم الجوزية . وقد انتصروا له بحق ، وذلك لوضوح أدلته ، وقوة حجته ، وضعف ما رد به أصحاب القول الثاني على ما رآه أصحاب الرأى الأول ، ولأن الأساس في طرق الاثبات هو أن كل ما يبين الحق ويظهره ، ويقتنع به ضمير القاضي ـ ينبغي قبوله ، وقد يكون في الشاهد واليمين ما يحقق ذلك .

---

(١) راجع نيل الأوطار للشوكاني وطرق القضاء في الشريعة الاسلامية .

(٢) المصدر السابق .

ويحسن أن نختم هذا البحث بذكر ما يؤيد وجهة نظرنا — مما قاله ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية — قال في ترجيح القضاء بشاهد ويمين المدعى ما خلاصته :

١ — أحاديث القضاء بالشاهد واليمين أصح وأشهر من حديث (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) والحديث الأخير لم يروه أحد من أهل الكتب الستة .

٢ — أنه لو قاومها في الصحة والشهرة — لوجب تقديمها عليه لخصوصها وعمومه .

٣ — أن اليمين انما كانت في جانب المدعى عليه ، حيث لم يترجح المدعى بشيء غير الدعوى ، فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة ، فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب الأصل — لهذا اكتفى باليمين من جهته ، فاذا ترجح المدعى بنكول أو شاهد — كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك ؛ فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين ، فأيهما قوى جانبه شرعت اليمين في حقه ، وهذه قاعدة الشريعة المطردة — وعلى هذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا — قوى جانبه ، فيرجح على جانب المدعى عليه الذى ليس معه الا استصحاب الأصل ، وهو دليل ضعيف ، يرفع بكل دليل يخالفه ، ومنه شهادة الشاهد الواحد ، ثم نقوى شهادته بيمين المدعى ، فأى قياس أحسن من هذا وأوضح مع موافقته للنصوص والآثار التى لا تدفع ؟ (١) .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٧٤ ، ٧٥ « طبعة سنة ١٣١٧هـ » .

مراجع البحث

١ ـ تبيين الحقائق وحاشية الشلبى على الزيلعى ٠

٢ ـ نيل الأوطار للامام الشوكانى ٠

٣ ـ طرق القضاء فى الشريعة الاسـلاميـة للعـالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ٠

٤ ـ الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ٠

روى عن عمر وعلى والمغيرة بن شعبة وابن عباس ـ انهم لم يفرقوا بين الزوجين بشهادة امرأة واحدة فى الرضاع(١) . ومن ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب انه أتى بامرأة شهدت على رجل وامرأته انهما قد أرضعتهما ، فقال : لا ـ حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ، كما روى عنه أنه قال : لو فتحنا هذا الباب لم تشأ امرأة أن تفرق بين رجل وامرأته الا فعلت . وهذا هو رأى الحنفية ، فانه لا يقبل عندهم ـ فى الرضاع ـ شهادة النساء منفردات ـ لأن الحرمة بالرضاع متى ثبتت ترتب عليها زوال النكاح ، وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة الرجال ، ولأنه معا يمكن اطلاع الرجال عليه .

وقال الأوزاعى (٢) : أقضى بشهادة امرأة واحدة قبل النكاح ، وأمنع من النكاح ، ولكن لا أفرق بشهادتها بعد النكاح . وعند الشافعى : لا يقبل أقل من أربع نسوة ، أو رجل وامرأتين . وعند مالك : يقبل فيه شهادة امرأتين ـ لأن الرضاعة لا تكون الا بظهور الثدى والنحور ، وهذه من محاسن النساء التى قد فرض الله سترها على الرجال الأجانب . وعن أحمد روايتان : رواية كمالك ، والثانية ـ وهى أشهر ـ أنه يثبت بشهادة امرأة واحدة ، فقد سئل : هل تجوز شهادة المرأة ؟ فقال : شهادة المرأة فى الرضاع ، والولادة ـ فيما لا يطلع عليه الرجال ـ قال : وأجوز شهادة امرأة واحدة اذا كانت ثقة ، فان كان أكثر فهو أحب الى (٣) .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٧٢ ، ١٣٨ طبعة سنة ١٣١٧هـ .

(٢) المصدر السابق ص ١٣٨ .

(٣) المصدر نفسه ص ٨٠ ، ١٤٣ وانظر فقه الاسلام للمؤلف ص ٢٩٠ ، ٢٩١ من الطبعة الأولى .

اختلافهم فى ارث المرأة اذا طلقها زوجها فى مرض موته

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقا بائنا ، ومات من مرضه الذى طلق فيه ـ فقد ذهب الشافعى وجمـاعه الى أنها لا ترثه ـ لأن الطلاق قد وقع ، فيجب أن يقـع بجميع أحكامه ـ بدليل أنه لا يرثها اذا ماتت ، ويعسر أن يقال : ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق، وبعض أحكام الزوجية • وهذه الطائفة لا تقول بسد الذرائع فى هذه الحالة ، وانما لحظت وجوب الطلاق ووقوعه ، ولذلك لم توجب للمطلقة طلاقا بائنا ميراثا ، وان وقع الطلاق فى مرض الموت •

ولكن أكثر العلماء والفقهاء قالوا : انها ترثه ـ لأنهم يرون وجوب العمل بسد الذرائع ـ اذ المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بائنا ـ مع توافر الشروط الأخرى لتحقق مظنة الفرار ـ يكون متهما بأنه انما طلقها ليقطع حظها من الميراث فيعـامل بنقيض ما قصـد ـ غير ان القائلين بارثها ثلاث طوائف :

الأولى : قالت : لها الميراث ـ مادامت فى العدة ـ وممن قال بهذا أبو حنيفة وأصحابه والثورى ، وذلك لان العدة من بعض أحكام الزوجية ، فكأنهم شبهوها بالمطلقة طلاقا رجعيا، وروى هذا القول عن عمر وعائشة •

الثانية : قالت : لهـا الميراث ما لم تتزوج ، وممن قال بهذا أحمد وابن أبى ليلى وذلك لأنهـا اذا تزوجت من غيره قبل موته ـ فقد قطع فرض قيام الزوجية بينها وبين مطلقها قطعا تاما ، اذ لا يتصور أن يكون لها زوجية من اثنين •

الطائفة الثالثة : ذهبت الى أنهـا ترث مطلقـا ، سواء أكانت فى العدة أم لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهـو

مذهب مالك والليث (١) · وبالمقابلة والموازنة تجد أوسط الآراء · وأقربها الى القبول - رأى من يقول انها ترث مادامت في العدة ، ثم رأى من يقول : انها ترث ما لم تتزوج · أما القول بأنها لا ترث أصلا ، أو بأنها ترث مطلقا - ففي كل منهما بعد عن الأصول ·

وبرأى الحنفية ومن وافقهم أخذت الفقرة الأخيرة من المادة ١١ من قانون المواريث ، ونصها :

« وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته » ·

اختلاف الأئمة والفقهاء في تفسير القروء

عدة الحرائر (٢) من المطلقات المدخول بهن - اذا كن من ذوات الحيض ثلاثة قروء - لقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ·

ولكن العلماء والفقهاء إختلفوا من هذه الآية في الأقراء : أهي الحيض ، أم هي الاطهار ؟ وقد عرض لبيان ذلك كثير من كتب الفقه والتفسير والحديث وفي صدرها كتب التفسير المطولة ، وكتاب نيل الأوطار للشوكاني، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وزاد المعاد ، وأحكام القرآن لأبي بكر الرازي · وقد أردنا أن نقدم لك نموذجا - في هذا المبحث - مختارا من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد - قال مؤلفه - رحمه الله - ما خلاصته :

---

(١) راجع اختلاف العلماء في هذه المسألة - في الجزء الثاني من بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص ٧٢ من طبعة سنة ١٣٣٩هـ ·

(٢) أما الأمة فعدتها حيضتان عند جمهور الأمة ، وخالف في ذلك ابن سيرين ومكحول وابن حزم ، فقالوا عدتها كالحرة ·

اختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ ، فقال قوم : هي الأطهار ، وقال قوم : هي الدم نفسه ٠

وممن قال : ان الأقراء هي الأطهار من فقهاء الأمصار : مالك والشافعي ، وجمهور أهل المدينة ، وأبو ثور وجماعة ، ومن الصحابة ابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ٠

وممن قال انها الحيض من فقهاء الامصار : ابو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى ، وجماعة ، ومن الصحابة على وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري — رضي الله عنهم — اجمعين ٠ وحكى الاثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم — يقولون : الأقراء هي الحيض ، وحكى عن الشعبي انه قول أحد عشر او اثني عشر من الصحابة ٠ واما احمد ابن حنبل فاختلفت الرواية عنه : فروى أنه كان يقول : انها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول على وابن مسعود — انها الحيض(١) ٠

والفرق بين المذهبين هو أن من رأى انها الأطهار — رأى أن المطلقة رجعيا اذا دخلت في الحيضة الثالثة — لم يكن للزوج عليها رجعة ٠ وحلت للأزواج ، ومن رأى أنها الحيض لم تحل عنده — حتى تنقضي الحيضة الثالثة ٠

وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فانه يطلق في كلام العرب على الدم وعلى الأطهار ٠ وكلا الفريقين قال ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه : فالذين قالوا انها الأطهار — قالوا ان هذا الجمع (قروء) خاص بالقرء الذي هو الطهر ، أما القرء بمعنى الحيض فانه يجمع على اقراء لا على قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنباري ، كذلك

---

(١) لكن نقل في زاد المعاد أن الامام احمد رجع أخيرا للجزم بانها الحيض وصرح بالرجوع عن الأطهار ، وهو ما استقر عليه مذهبه — راجع الجزء الرابع من زاد المعاد ص ١٨٤ وما بعدها من طبعة ١٣٤٧هـ ٠

قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر - فلو كان القرء مرادا به الحيضة لما ثبت في جمعه التاء لأنها لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة، وقالوا أيضا ان الاشتقاق يدل على ذلك لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض ؛ اى جمعته وزمان الطهر هو زمان اجتماع الدم (١) . وهذه الوجوه - من اليسير دفعها .

وتمسك الفريق الثاني - من ظاهر الآية - بأن قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لآن اسم القرء لا يطلق على بعضه الا تجوزا ، وهي لا تكون كوامل الا اذا كانت الأقراء هي الحيض ؛ فانها ان طلقت في حيضة لا يعتد بها ، أما اذا كانت الأقراء بمعنى الاطهار فقد تكون ثلاثة غير كاملة بأن تكون قرءين وبعض قرء . وذلك لأن القائلين بأنها الاطهار يعتدون بالطهر الذى يحصل فيه الطلاق وان مضى أكثره : وتأنيث العدد لا يدل على أن القروء هي الأطهار ، لأنه انما جاء مؤنثا مراعاة للفظ القرء ، وهو مذكر .

ولكل واحد من الفريقين حجج متساوية من جهة لفظ القرء ، ولذلك رأى الحذاق أن الآية مجملة في ذلك ، وأنه ينبغي طلب الترجيح من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به الفريق الأول ما ورد في الصحيحين (٢) ان ابن عمر طلق امرأته وهي حائض - على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسأل عمر بن الخطاب رضى الله عنه - عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : « مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم ان شاء أمسكها بعد ذلك ، وان شاء طلقها قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » ، ووجه استدلالهم

---

(١) يوضحه ما ورد في المصباح المنير « كان الدم اجتمع في بدنها وامتسك » وذلك في ابان طهرها . .

(٢) راجع زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٣ .

بالحديث ان طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم تمس فيه . فقوله : فتلك العدة التى أمر الله ان يطلق لها النساء ـ دليل واضح على ان العدة هى الاطهار ، لكى يكون الطلاق متصلا بها ، ويمكن ان يتأول قوله « فتلك العـدة » أى فتلك مـدة استقبال العدة ، حتى لا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ، ولذلك كانت عدة من يئست من الحيض ـ بالأشهر ، فالحيض هـو سبب العـدة بالاقراء ، فوجب أن تكـون الأقراء هى الحيض ؛ وللفريق الأول أن يقول ان المعتبر فى براءة الرحم هـو النقلة من الطهر الى الحيض ـ لا انقضـاء الحيض ـ فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وعلى ذلك تكـون الثلاثة المعتبر فيهن التمام هى الأطهار التى بين الحيضتين .

ومما احتج به الفريق الثانى قوله عليه الصلاة والسلام للمستحاضـة : « دعى الصـلاة أيام اقرائك » ، وقوله : «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان»، ولم يقل : طهران(١) ـ قال صاحب بداية المجتهد : ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية مع غيرهم ، أو قريبة من ذلك (٢) .

اختلافهم فى التفريق بالعيوب

سـنذكر لك فى هـذا المبحث ملخص ما قاله ابن قيم الجوزية فى كتابه زاد المعاد (٣) ، ولن نزيد عليه الا يسيرا مما اقتضته الضرورة من ذكر مالا تتم الافادة الا به . فقد عقد ـ رحمه الله ـ فصلا خاصا بالتفريق بالعيوب ـ وبحثا

---

(١) تفسير الكشاف لسورة البقرة .

(٢) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٧ وما بعدها من طبعة سنة ١٣٣٩هـ .

(٣) جـ ٤ ص ٢٩ وما بعدها من طبعة سنة ١٣٤٧هـ .

مستقلا بها ـ ذكر فيه الآثار الواردة في هذا الموضوع واختلاف الأئمة والفقهاء فيه • واختار لنفسه رايا دعمه بالأسانيد النقلية والعقلية ـ مما يشهد له بسعة الاطلاع والمقدرة الفقهية التى يسرت له الاجتهاد فى الأحكام الشرعية ـ قال ما خلاصته :

« فصل فى حكمه ـ صلى الله عليه وسلم ـ وخلفائه فى أحد الزوجين يجد بصاحبه برصا أو جنونا أو جذاما ، أو يكون الزوج عنينا » :

اختلف الفقهاء فى ذلك : فقال داود وابن حزم ومن وافقهما : لا يفسخ النكاح بعيب البته ـ غير أن ابن حزم ذهب الى أن الزوج اذا شرط السلامة من العيوب فوجد أى عيب كان ـ فالنكاح باطل من أصله ، غير منعقد ، ولا خيار له فيه ولا اجازة ، ولا نفقة ولا ميراث ـ لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوج ، اذ السالمة غير المعيبة بلا شك •

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يفسخ الا بالجب والخصاء والعنة خاصة (١) •

وقال الشافعى ومالك يفسخ بالجنون والبرص والجذام والقرن ، والجب والعنة ، وزاد الامام أحمد عليهما أن تكون المرأة فتقاء ، منخرقة ما بين السبيلين • ولأصحابه فى نتن الفرج والفم ، وانخراق مجرى البول ، والبواسير والناصور ، والاستحاضة واستطلاق البول والنجو والخصى وهو قطع البيضتين ، والسل ، وهو سل البيضتين ، والوجء وهو رضهما ، وكون أحدهما خنثى مشكلا ، والعيب الذى بصاحبه مثله ،

---

(١) وذلك لان الاصل ـ عند الحنفية ـ فى عقد الزواج أنه غير قابل للفسخ ، ولا يدخله خيار عيب ، وانما ثبت التفريق بالعيوب الثلاثة لانها تخل بالمقصود الأول من الزواج وهو التناسل • وزاد محمد صاحب أبى حنيفة ثلاثة أخرى ـ هى الجنون والجذام والبرص ، لأنه لا تمكن المعيشة معها الا بضرر جسيم ، والتفريق بهذه العيوب عند الحنفية حق قاصر على المرأة ، أما الرجل فليس له حق التفريق بالعيب لأن له سبيلا آخر ، وهو الطلاق الذى يملكه •

والعيب الحادث بعد العقد ـ وجهان ، وذهب بعض أصحاب الشافعي الى رد المرأة بكل عيب ترد به الجارية في البيع ٠

هذا وخيار الفرقة بالعيب يثبت لكل من الطرفين عند الأئمة الثلاثة ، اذا وجد بصاحبه عيبا من العيوب التي تجيز التفريق ، وعند الحنفية لا يثبت هذا الخيار الا للمرأة اذا وجدت بزوجها عيبا من تلك العيوب التي يجيزون التفريق بها ٠ والفرقة بالعيب فسخ عند الشافعي وأحمد ، وطلاق بائن عند المالكية ٠

وقد أورد ابن القيم بعض أدلة التفريق بالعيب، فقال : في مسند أحمد من حديث يزيد بن كعب بن عجرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ تزوج امرأة من بني غفار ، فلما دخل عليها ووضع ثوبه ، وقعد على الفراش ـ أبصر بكشحها بياضا ، فأماز عن الفراش ، ثم قال : «خذي عليك ثيابك» ، ولم يأخذ مما آتاها شيئا ٠ وفي الموطأ عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : «أيما امرأة غر بها رجل ، بها جنون أو جذام أو برص ـ فلها المهر بما أصاب منها ، وصداق الرجل على من غره »، ونكح رجل امرأة من مزينة ـ فجاءت الى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت : ما يغني عني الا كما تغني هذه الشعرة ـ لشعرة أخذتها من رأسها ، ففرق بيني وبينه، فقال له الرسول ٠ طلقها ، ففعل (١) وجاء التفريق بالعنة عن عمر وعثمان وابن مسعود، ومعاوية والحرث بن عبدالله ، والمغيرة بن شعبة وسمرة بن جندب ٠ لكن عمر وابن مسعود والمغيرة أجلوه سنة ، وعثمان ومعاوية وسمرة لم يؤجلوه ٠

كذلك روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ـ بعث رجلا على بعض السعاية ، فتزوج امرأة ، وكان عقيما ، فقال له عمر : أعلمتها انك عقيم ؟، قال لا، قال : فانطلق فأعلمها،

---

(١) راجع الحديث بتمامه في زاد المعاد ٠

ثم خيرها . وأجل مجنونا سنة ، فان أفاق ، والا فرق بينه وبين امرأته .

ثم انتقد ابن القيم الفقهاء في اقتصارهم على بعض العيوب دون بعض ـ فقال : الاقتصار على عيبين أو ستة او سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها او مساو لها لا وجه له ، فالعمى والخرس ، والطرش وكونها مقطوعة اليدين او الرجلين أو أحدهما ، او كون الرجل كذلك ـ من أعظم المنفرات ، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش ، وهو مناف للدين . والاطلاق انما ينصرف الى السلامة فهو كالمشروط عرفا ، وقد قال عمر لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له ، أخبرها أنك عقيم ، وخيرها ـ مع أن هذا العيب شيء هين بالاضافة الى بعض العيوب الأخرى ، ثم أبدى رأيه بقوله

والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة ـ يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشروط التي تشترط في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ، وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط ، ولا مغبونا بما غر به وغبن ، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول ، وقربه من قواعد الشريعة . وقد روى يحيى بن سعيد عن ابن المسيب ـ قال : قال عمر رضى الله عنه : « أيما امرأة تزوجت ، وبها جنون أو جذام أو برص ، فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك ـ فلها مهرها بمسيسه اياها ، وعلى الولى الصداق بما دلس كما غره » ، وفي رواية أخرى : « اذا تزوجها برصاء أو عمياء فدخل بها ـ فلها الصداق ، ويرجع به على من غره » ، وكذلك حكم شريح قاضي الاسلام الذى يضرب المثل بعلمه ودينه . فقد خاصم اليه رجل ، فقال : ان هؤلاء قالوا لى انا نزوجك

أحسن الناس ، فجاءني بامرأة عمياء ، فقال شريح : « ان كان دلس لك بعيب لم يجز » . فقوله : ان كان دلس لك بعيب - يقتضى ان كل عيب دلست به المرأة - فللزوج الرد به . وقال الزهرى - رضى الله عنه - يرد النكاح من كل داء عضال . وروى الشعبى عن على كرم الله وجهه - : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن - فزوجها بالخيار ما لم يمسها ؛ ان شاء امسك . وان شاء طلق . وان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها . وفتاوى أكثر الصحابة والسلف تدل على أنهم لم يخصصوا الرد بعيب دون عيب ... الى آخر ما ذكر فى زاد المعاد .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى مادتيه التاسعة والعاشرة - اقتبس من المذاهب الفقهية التى ترى التفريق بالعيب ، وبخاصة المذهب المالكى - غير انه فى المادة التاسعة قصر طلب التفريق على الزوجة ، ولم يحصر العيوب فى عدد معين كما فعل جمهور الفقهاء ، بل وضع للعيب الذى تطلب به المرأة التفريق ضابطا عاما ، وهو أن يكون مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكن للمرأة المقام مع الزوج الذى به هذا العيب الا بضرر كالجنون والجذام والبرص . ويسقط حقها فى طلب الفرقة اذا تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها به ، كذلك قضى القانون فى المادة العاشرة بأن الفرقة بالعيب طلاق بائن ، وفى المادة الحادية عشرة قال : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

وهذا هو نص المادة التاسعة من القانون المذكور : « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن

طويل ولا يمكنها المقام معــه الا بضرر كالجنــون والجذام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمــة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ــ فلا يجوز التفريق » . وما قضى به القانون حسن لأنه يكفل درء المفاســد ودفع الضرر ، ويحقق الرفق ورفع الحرج عن النساء ، اذ أنهن لا يملكن المفارقة بالطلاق، بخلاف الرجال .

اختلافهم في قتل الجماعة بالواحد

رأى مالك والشافعي وأبو حنيفة أن الجمــاعة تقتــل بالواحد اذا قتلوه عمدا ، أو تعاونوا على قتله بالحرابة(١) .
وعن أحمد وجماعة من الصحابة والتابعين ان عليهم الدية ــ لأن كل واحد مكافيء له ، فلا يستوى ابدال في مبدل منــه واحد ، كما لا تجب ديات ، ولقوله تعالى : « الحر بالحر » ، وقوله : « وكتبنا عليهم فيهــا ان النفس بالنفس » ، ولأن تفاوت الأوصاف يمنع كالحر والعبد ، فالعدد أولى بالمنع .

أما الفريق الأول الذى يرى قتل الجمــاعة بالواحد ــ فقد استدل بعدة وجوه :

١ ــ اجماع الصحابة على قتل عمر سبعة من أهل صنعاء برجل واحد ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ، وقتل على ثلاثة .

٢ ــ ولأنها عقوبة كحد القذف .

٣ ــ وقالوا ان القصاص يفارق الدية ــ لأنها تتبعض دون القصاص .

٤ ــ كذلك قالوا ان الشركة لو أسـقطت القصاص ــ

---

(١) وقال داود وأهل الظاهر : لا تقتل الجماعة بالواحد ــ راجع بداية المجتهد .

لكان ذلك ذريعة الى القتل بأن يتعمد النـاس قتل الواحـد بالجماعة (١) ٠

وفي هذا الاختلاف توسعة على القاضي ، فاذا فوض اليه الأمر حكم في كل واقعة بما يناسبها ـ مما يحقق مصـلحة أولياء المقتول ، ومصلحة المجتمع ، وما يدرأ المفاسد عنه ٠

اختلافهم فى قتل المسلم بالذمى

قال الأئمة : مالك والشافعي وأحمد : لا يقتل مسـلم بذمي ـ مستدلين بما روى في البخاري : « لا يقتل مسـلم بكافر »

ونقـل صـاحب بداية المجتهـد ان مالكا والليث قالا : لا يقتل مسلم بذمي الا ان يقتله غيلة ٠ وفسر قتل الغيلة بأن يضجعه فيذبحه (٢) ٠

وقالت الحنفية : يقتل به ـ مستدلين بوجـوه ـ منهـا قوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » ؛ وهذا قد قتل مظلوما ، فيكون لوليه سلطان ٠ ومنها قوله جل شأنه : « وكتبنا عليهم فيهـا أن النفس بالنفس » ؛ وكذا سائر العمومات ٠ وقد أجاب أصحاب الرأى الأول عن أدلة الحنفية بأنها عامة ، وما استدلوا به خاص ، والخاص يقدم على العام ـ على ما تقرر في أصول الفقه (٣) ٠ ومع هـذا فالنفس تميل الى ترجيح رأى الحنفية ـ لأنه ـ بعقد الذمة ـ التحق بالمسـلمين في المعـاملات ، وحقن الدماء ، وحـرمة الأموال ٠ ويراد بالكافر الحربى ٠

---

(١) الفروق للعراقى جـ ٤ ص ١٨٣ من الطبعة التونسية ، وفقه الاسـلام ، وأحكام القرآن لابن عربى ٠

(٢) فى القاموس : قتله غيلة : خدعه ، فذهب به الى موضع فقتله ٠ وفى النهايه أن يخدع ويقتل فى موضع لا يراه فيه أحد ٠

(٣) الفروق وفقه الاسلام ٠

هل يقتل والد بولده ؟

نذكر لك حكم هذه المسألة مقتبسا مما ورد في كتاب أحكام القرآن (١) لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى الاندلسى المالكى :

قال ـ رحمه الله ـ : هل يقتل الأب بولده ـ لعموم آيات القصاص ؟ :

قال مالك : يقتل به اذا تبين قصده الى قتله ، بأن أضجعه وذبحه ، فان رماه بالسلاح أدبا ، أو حنقا لم يقتل به . ويقتل الأجنبى بمثل هذا ، وخالف مالكا سائر الفقهاء ، فقالوا لا يقتل به ـ لأن الأب كان سبب وجوده ، فكيف يكون هو سبب عدمه ؟! وقد أثروا عن رسول الله ـ صلوات الله وسلامه عليه ـ أنه قال : « لا يقاد والد بولده » ؛ كذلك احتجوا بأن عمر رضى الله عنه قضى بالدية مغلظة فى قاتل ابنه ، ولم ينكر أحد من الصحابة عليه .

ومالك احتج بعموم آيات القصاص التى لم تفرق بين قاتل وآخر ـ ورد بعض علماء المالكية على من خالفهم فقال : يبطل دليلهم الاول بما اذا زنى بابنته ، فانه يرجم وكان سبب وجودها ، وتكون هى سبب عدمه ، ثم أى فقه تحت هذا ؟ ولم لا يكون سبب عدمه اذا عصى الله تعالى فى ذلك ، وقالوا فى الأثر انه باطل لا يصح . أما الواقعة التى رويت عن عمر رضى الله عنه وقضاؤه فيها بالدية مغلظة ـ فقد أخذها سائر الفقهاء مسجلة وقضية مسلمة من غير بحث فيها ، فقالوا لا يقتل والد بولده ، وأخذها مالك محكمة مفصلة : فقال : اذا حذفه بسيف ونحوه ـ يسقط القود

---

(١) الجزء الأول ص ٢٨ من طبعة سنة ١٣٣١هـ .

لأن هذه حالة محتملة لقصد القتل وغيره ، وشفقة الابوة شبهة منتصبة ، شاهدة بعدم القصد الى القتل ، فتسقط القصاص • فاذا اضجعه وذبحه كشف الغطاء عن قصده فالتحقق بأصله ورأى مالك أرجح وأدق لقوة دليله ووضوح حجته •

اختلاف العلماء في حد الخمر

القرآن الكريم حرم الخمر تحريما صريحا ، وأكد تحريمها في سورة المائدة ، وأمر باجتنابها ، ولكنه لم يرد فيه ذكر لفرض عقوبة معينة على شاربها كالذى ورد في حد الزنا والقذف والسرقة ، وانما ورد في السنة والأثر ما كان النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه الراشدون يحكمون به من العقوبة على شارب الخمر ـ فقد جاء في بعض ما يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسن في الخمر شيئا ، أو لم يفرض في الخمر حدا (١) • وروى عن انس أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر أربعين (٢) ، كما روى أن النبى أتى برجل شرب الخمر ، فضربه بجريدتين نحو أربعين ، ثم صنع أبو بكر مثل ذلك ، فلما كان عمر استشار الناس ، فقال له عبد الرحمن بن عوف : أخف الحدود ثمانون ، ففعله عمر (٣) وقيل في سبب زيادة عمر رضى الله عنه • أن خالد ابن الوليد كتب اليه في خلافته : ان الناس قد انهمكوا في الشرب ، وتحاقروا العقوبة ، فجعلها ثمانين بعد استشارة الصحابة •

---

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١١٩ سنة ١٣٤٧ ، وفتح البارى جـ ١٢ ص ٥٨ طبعة سنة ١٣٤٨ هـ •

(٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١١٦ وفتح البارى جـ ١٢ ص ٥٢ •

(٣) راجع فتح البارى جـ ١٢ ص ٥٢ •

كذلك ورد ان الشارب اذا عاد في الرابعة أو الخامسة ـ يقتل ، وقيل انما كان القتل في اول الامر ، ثم نسخ ٠

ومن أجل ذلك اختلف فقهاء المسلمين ومجتهدوهم في عقوبة شرب الخمر على ستة أقوال (١) ٠

الأول : أن الخمر لا حد فيها ، وانما فيها التعزير ، وهو قول طائفة من اهل العلم ـ رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل فيها حدا معلوما ، بل كان يقتصر في ضرب الشارب على ما يليق به ٠ وقد روى عن الزهرى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفرض في الخمر حدا ، وانما كان يأمر من حضره أن يضربوه بأيديهم ونعالهم ، حتى يقول لهم : ارفعوا ٠ ولما كثر الشراب في عهد عمر استشار الصحابة ، ولو كان عندهم عن النبى صلى الله عليه وسلم ـ شيء محدود ما تجاوزوه كما يتجاوزوا حد القذف ، ولو كثر القاذفون ، وبالغوا في الفحش ، وأجيب بأنه قد انعقد اجماع الصحابة على جلد الشارب ، واختلافهم في العدد انما هو بعد الاتفاق على ثبوت مطلق الجلد (٢) ٠

الثاني : أن الحد فيها أربعون ٠ وهو مذهب أحمد وداود والشافعي في المشهور عنه ـ لأنها هي التي كانت في زمن الرسول ، وزمن أبي بكر ، ورجع اليها علي في زمن عثمان ٠

الثالث : مثل الرأي الثاني ، لكن للامام أن يبلغ به ثمانين ٠

---

(١) فتح البارى جـ ١٢ ص ٦١ ، ٦٢ ونيل الأوطار جـ ٧ ص ١١٩ ، ١٢٠ وفقه الاسلام ص ٢٩٥ ٠

(٢) الفرق بين الحد والتعزير : أن الأول عقوبة مقدرة من الشارع على الجرائم كما في الزنا والسرقة ، والثاني عقوبة غير مقدرة منه ، فهو تأديب بعقوبة غير مقدرة من الشرع ، ويجب بارتكاب معصية من المعاصي التي لا حد لها ـ كشهادة الزور ، وسب المحصن بغير الزنا ، وسرقة ما لا قطع فيه ٠

الرابع : ما ذهب اليه مالك والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في قول له - من أن حد السكران ثمانون . وقد استدلوا بأن عمر جلد ثمانين بعد ما استشار الصحابة - كما سلف .

الخامس : مثل الرأى الرابع - غير أنه تجوز الزيادة على الثمانين تعزيرا

السادس : ان شرب فجلد ثلاث مرات ، فعاد في الرابعة - وجب قتله ، وقيل ان شرب أربعا ، فعاد في الخامسة - وجب قتله ، وهو رأى بعض أهل الظاهر ، ونصره ابن حزم ودفع دعوى الاجماع على عدم القتل .

وذهب الجمهور الى عدم قتل الشارب ، وأن القتل منسوخ ، وذكر الشافعي أنه لا خلاف في ذلك بين أهل العلم (١) . ونحن نميل الى ترجيح القول الثاني - لما جرى عليه العمل في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وزمن أبي بكر رضى الله عنه . وما زاد على ذلك - عند اقتضاء الحال - يعتبر تعزيرا لا حدا .

القنوت عند الأئمة

١ - لكل عبادة من العبادات التي تعبدنا الله تعالى بها من صلاة وزكاة وصدقات وصوم وحج وجهاد ودعاء وتلاوة قرآن وذكر لله تعالى واعتكاف وغير ذلك حكم وفضائل وفوائد خاصة بها ولكنها جميعها ترمي الى تحقيق هذه المقاصد ، وهى امتحان صدق الايمان فى قلب العبد وشكر الخالق المنعم جل وعلا واستشعار عظمته وجلاله وافراده بالربوبية والالهية - كما أن بها اصلاح الفرد في ذاته

---

(١) راجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٢٤ وفقه الاسلام .

بتهذيب نفسه وتطهير قلبه واصلاح المجتمع من طريق اصلاح أفراده وغرس فضائل المحبة والتعاطف والتعاون بينهم .

ولا شك ان الصلاة وهى الدعامة الثانية من دعائم الاسلام بعد الشهادتين مشتملة على أقوال وأفعال بينها الشارع الحكيم ، ومنها القنوت الذى هو موضوع بحثنا .

٢ ــ وزد لفظ القنوت فى لسان اللغة والشرع لعدة معان ــ ففى المختار : القنوت أصله الطاعة ثم سمى القيام فى الصلاة قنوتا ــ وقال فى المصباح : القنوت مصدر بمعنى الدعاء ويطلق على القيام فى الصلاة ومنه ما ورد « أفضل الصلاة طول القنوت » ويسمى السكوت فى الصلاة قنوتا ومنه قوله تعالى « وقوموا لله قانتين »

أما صاحب القاموس فقد ذكر له معانى كثيرة هى : الطاعة ــ والسكوت ــ والدعاء والقيام فى الصلاة ــ والامساك عن الكلام ــ ثم قال : وأقنت : اذا دعا على عدوه وأطال القيام فى صلاته ــ وأدام الحج ــ وأطال الغزو ــ وتواضع لله تعالى .

وحكى الرازى ــ فى أحكام القرآن ــ قولا بأن معناه فى أصل اللغة : الدوام على شىء ــ فمديم الطاعة يسمى قانتا ــ وكذلك من أطال القيام والقراءة والدعاء فى الصلاة ، أو أطال الخشوع والسكوت .

وذكر ــ فى النهاية ــ للقنوت ثمانية معان هى : الطاعة ــ والخشوع ــ والصلاة ــ والدعاء ــ والعبادة ــ والقيام ــ وطول القيام ــ والسكوت .

والشوكانى ــ فى نيل الأوطار ــ نقل عن ابن العربى ــ أن له عشرة معان ــ هى : الدعاء ، والخشوع ، والعبادة ، والطاعة ، والاقرار بالعبودية ، والسكوت ، والصلاة ، والقيام ، وطول القيام ، ودوام الطاعة .

وأقوال أهل اللغة والشرع في معاني القنوت كما ترى متحدة في بعضها ـ متقاربة في بعضها الآخر • ومهما يكن من تعدد معانيه واختلافها باختلاف مواطن استعماله ـ وتميز بعضها بمعونة القرائن ـ فان المراد منه في بحثنا هذا ـ هو الدعاء الذى يتلى في بعض الصلوات وهو دعاء يتضمن ذكرا وثناء على الله تعالى •

٣ ـ ولبيان ما قصدنا اليه من بحث القنوت ـ نقسم الكلام فيه الى هذه الأقسام :

١ ـ حكم القنوت •

٢ ـ فى اى صلاة شرع القنوت ؟

٣ ـ أين محله من الصلاة التي شرع فيها ؟

٤ ـ صيغة القنوت المأثورة •

١ ـ حكم القنوت

فى حكم القنوت اقوال كثيرة نلخصها في سبعة آراء

الأول : ما ذهب اليه بعض أهل العلم من عدم مشروعية القنوت (١) •

الثاني : ما قاله قوم من أنه لا قنوت الا فى رمضان(٢) •

الثالث : أنه مشروع ولكنه مختص بالنوازل • فاذا ألمت بالمسلمين محنة أو نزلت بهم نازلة يستحب أن يقنتوا فى صلواتهم • ورجيح ذلك الرأى الإمام الشوكانى حيث قال : الحق ما ذهب اليه من قال : ان القنوت مختص بالنوازل وأنه ينبغي عند نزول النازلة ألا تخص به صلاة دون صلاة (٣) •

---

(١) نيل الأوطار ج ٢ ص ٢٩١ •

(٢) بداية المجتهد ج ١ ص ١١٢ طبعة ١٣٣٩ هـ •

(٣) نيل الأوطار ج ٢ ص ٢٩٢ •

الرابع : قول الثورى وابن حزم • كل من الفعل والترك حسن •

الخامس : أنه واجب في صلاة الوتر ـ وذلك هو رأى الحنفية ومن وافقهم ـ وروى أنه واجب ـ (١) عند الامام أبى حنيفة ـ سنة عند الصاحبين لكن ظاهر ما في غرر الأفكار أنه واجب عند الحنفية بلا خلاف •

السادس : أنه سنة وذلك عند الشافعية والحنابلة •

السابع : أنه مستحب أو مندوب ـ وذلك عند المالكية •

٣،٢ في أى صلاة شرع القنوت ؟ وأين محله منها ؟

٤ ـ يرى علماء الحنفية أن القنوت في صلاة الوتر في جميع أيام السنة ، وأنه يؤدى بعد القراءة في الركعة الثالثة منه وقبل الركوع لها ـ وذلك بأن يكبر المصلى بعد القراءة وقبل الركوع ـ رافعا يديه ـ ويقنت فيه ثم يركع •

ولا قنوت عندهم في غير الوتر الا لنازلة ـ أى شديدة من شدائد الدهر ، فان نزلت بالمسلمين نازلة ـ قنت الامام عندهم في الصلاة الجهرية • وقيل ان قنوت النازلة عند الحنفية ـ مختص بصلاة الفجر دون غيرها من الصلوات سواء أكانت جهرية أم سرية وهو ظاهر المذهب • أما القنوت في الصلوات كلها للنوازل فلم يقل به الا الشافعى رضى الله عنه ، وجمهور أهل الحديث ـ على ما روى في البحر ـ واستظهر العلامة ابن عابدين أن المنفرد لا يأتى بالقنوت في النوازل • أما المقتدى فانه يتابع امامه الا اذا جهر بالقنوت فانه يؤمن خلفه ـ كذلك استظهر أن يكون القنوت في الفجر عند النوازل بعد الركوع لا قبله • وان لم يكن

---

(١) الواجب عند الحنفية ـ غير الفرض • اذ الواجب عندهم : ما ثبت بدليل ظنى • وحكمه الثواب على الفعل والعقاب على الترك بأخف من عقاب تارك الفرض • الى غير ذلك من الفروق المنصوص عليها في كتب أصولهم •

هناك نص فى المذهب بدليل أن ما استدل به الشافعى على قنوت الفجر فيه التصريح بالقنوت بعد الركوع . ولكن الحموى من علماء الحنفية ـ استظهر أن يكون القنوت قبل الركوع قياسا على رأى الحنفية فى قنوت الوتر (١) .

وعند الحنابلة يسن القنوت بعد الرفع من الركوع فى الركعة الأخيرة من الوتر فى جميع السنة بلا فرق بين رمضان وغيره ـ ويكره القنوت فى غير الوتر الا اذا نزلت بالمسلمين نازلة ـ غير الطاعون ـ على تفصيل يذكر فى مذهبهم ، ويجوز للمصلى عندهم أن يقنت قبل ركوع الركعة الأخيرة من الوتر ـ ولكن الأفضل أن يكون بعد الرفع من الركوع ـ كما تقدم (٢) .

أما المالكية فانه لا قنوت عندهم فى الوتر وانما هو مندوب فى صلاة الصبح فقط . ويندب أن يكون قبل الركوع فان نسيه حتى ركع ـ فلا يرجع اليه . وانما يؤديه بعد الركوع وبذلك يحصل ندب الاتيان به ويفوت ندب تقديمه . فهما مندوبان كل واحد منهما مستقل (٣) .

والشافعية يقولون : ان القنوت سنة فى صلاة الفجر ـ كل يوم ـ وانه بعد الرفع من ركوع الركعة الثانية منه . ولا قنوت عندهم فى الوتر الا فى النصف الأخير من رمضان ـ فهم يخالفون الحنفية فى ثلاثة أمور :

الأول : ـ أن القنوت عندهم فى الوتر ـ خاص بالنصف الأخير من رمضان .

الثانى : ـ أنه سنة عندهم فى الفجر ـ فى جميع السنة .

---

(١) المصدر السابق جـ ١ من ص ٤٦٧ الى ص ٤٧١ .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ـ قسم العبادات ـ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ من الطبعة الثانية .

(٣) المصدر السابق .

الثالث : انه بعد الركوع (١) ٠

٥ ـ وقد ذكرنا فيما مضى جملة آراء الأئمة والفقهاء فى حكم القنوت وفى الصلاة التى شرع فيها ٠ وفى الموضع الذى يسن فيه ٠

ويرجع منشأ الاختلاف بينهم الى اختلاف الآثار المروية فى ذلك فكل فريق ذهب الى رأيه الذى بيناه فيما سبق ـ مستدلا بما رجح عنده من الآثار المؤيدة لوجهة نظره ، ومحاولا الرد على من خالفه ٠

وقد آثرنا ألا نذكر هنا تفصيل ما احتج به كل فريق وما ورد به على الآخر وذلك لثلاثة أسباب :

الأول : أن المقام لا يتسع لايراد ما ذكروه ٠ ومن أراد الوقوف على الأدلة مع التفصيل والاستيفاء ٠٠ فليرجع الى كتاب (٣) نيل الأوطار وكتاب فتح القدير « فى باب صلاة الوتر » ٠

الثانى : ما رأيناه من حرص كل منهم على ايثار رأيه واختصاصه بالترجيح ٠

الثالث : أنه بعد الذى اطلعنا عليه من الآثار المروية ومن الأدلة والحجج ـ نميل الى أن الاختلاف بين الآثار فى هذا الشأن ـ خطبه هين يسير ، وانه يمكن الجمع والتوفيق بينها ٠ فان القنوت لا يخرج عن كونه ثناء ودعاء وأنه عبادة أو جزء منها فأى مانع من تكرر أوقاته وتلاوته ويكون ذلك من قبيل الاباحة والتوسيع على العباد ؟ ، ولو أن الفقهاء نظروا الى القنوت من هذه الناحية ما اختلفوا فيه هذا

---

(١) المصدر السابق ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ وكتاب فتح القدير جـ ١ ص ٣٠٤ وما بعدها طبعة الحلبى سنة ١٣٤٧هـ ٠

(٢) جـ ٢ ص ٢٩١ وما بعدها ، جـ ٣ ، ص ٣٦ وما بعدها طبعة الحلبى سنة ١٣٤٧ هـ ٠

الاختلاف ولا تعددت أقوالهم فيه مثل هذا التعدد • ونذلك نحن نطمئن اذا قلنا ان القنوت مشروع ــ عند النوازل ــ وفي صلاة الفجر ، وفي وتر الليل وأنه يصح الاتيان به بعد الركوع أو قبله • وقد يشهد لذلك ما نقله صاحب كتاب نيل الأوطار (١) ــ قال : روى ابن ماجه من طريق سهل ابن يوسف عن حميد عن أنس ــ انه سئل عن القنوت فى صلاة الصبح : قبل الركوع أم بعده ؟ فقال : « كلاهما قد كنا نفعل قبل وبعد » •

وللامام ابن القيم ــ في كتابه زاد المعاد ــ بحث مسهب في القنوت ذكر فيه معظم ما ورد فيه من أحاديث ، وما قيل في تخريجها ، وما نقل من ضعف بعض رواتها ، وسلك في التوفيق والجمع بينها مسلكا شبيها بما قلناه ثم ارتضى ما يوفق بين الآثار المروية ، وقال ما خلاصته : الانصاف الذى يرتضيه العالم المنصف أنه ــ صلى الله عليه وسلم ــ جهر وأسر (٢) ، وقنت وترك ، وكان اسراره أكثر من جهره ، وتركه القنوت أكثر من فعله • وانما قنت عند النوازل للدعاء لقوم ، وللدعاء على آخرين ثم تركه لما قدم من دعا لهم وتخلصوا من الأسر ، وأسلم من دعا عليهم ، وجاءوا تائبين • فكان قنوته لعارض ــ فلما زال ترك القنوت ، ولم يختص بالفجر ، بل كان يقنت في صلاتى الفجر والمغرب ــ ذكره البخارى في صحيحه عن أنس ، وقد ذكره مسلم عن البراء ••• وكان هديه ــ صلى الله عليه وسلم ــ القنوت فى النوازل خاصة ، وتركه عند عدمها ، ولم يكن يخصه بصلاة الفجر ، بل كان أكثر قنوته فيها لأجل ما شرع فيها من الطول ــ ولاتصالها بصلاة الليل، وقربها من السحر ساعة الاجابة ••• الى أن قال : ان أهل الحديث يقنتون حيث قنت رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ ويتركونه حيث تركه ، فيقتدون به في فعله وتركه ، ومع هذا فلا ينكرون على من داوم عليه ،

(١) جـ ٢ ص ٢٩٣ •

(٢) يقصد الجهر والاسرار بالنسبة للبسملة •

ولا يكرهون فعله ، ولا يرونه بدعة ولا مخالفا للسنة ، كما لا ينكرون على من أنكره عند النوازل ولا يرون تركه بدعة ، ولا تاركه مخالفا للسنة ، بل من قنت فقد أحسن ، ومن تركه فقد أحسن · ثم قال : فاذا قلنا : لم يكن من هديه المداومة على القنوت فى الفجر ، ولا الجهر بالبسملة ــ لم يدل ذلك على كراهية غيره ، ولا انه بدعة ، ولكن هديه ــ صلى الله عليه وسلم ــ أكمل الهدى وأفضله · الى آخر ما جاء بكتابه الذى أسلفنا ذكره (١) ·

٤ ــ صيغة القنوت

٦ ــ القنوت عند الحنفية ــ بغير المأثور ليس فيه دعاء مؤقت ، ويسن أن يكون بالدعاء المشهور الذى ورد عن ابن مسعود ــ رضى الله عنه وهو :

«اللهم انا نستعينك ونستهديك ، ونستغفرك ونتوب اليك ، ونؤمن بك ونتوكل عليك ، ونثنى عليك الخير كله ــ نشكرك ولا نكفرك ، ونخلع ونترك من يفجرك · اللهم اياك نعبد ، ولك نصلى ونسجد ، واليك نسعى ونحفد (٢) · نرجو رحمتك ، ونخشى عذابك · أن عذابك الجد (٣) بالكفار ملحق (٤) » ثم يصلى على النبى وآله ويسلم ·

وذكر فى شرح المنية أن الأولى أن يضم اليه القنوت الآخر المأثور : « اللهم اهدنى فيمن هديت ·· الخ » الذى

---

(١) الجزء الأول من زاد المعاد ص ٦٩ وما بعدها ــ طبعة سنة ١٣٤٧هـ ·

(٢) نحفد : نسرع ·

(٣) الجد : بالكسر معناه : الحق ·

(٤) ملحق : المشهور فيه كسر الحاء ، ومعناه لاحق أو هو على أصله ، ويكون معناه : من نزل به من عذابك الحقه بالكفار ويقال أيضا بفتح الحاء ، ومعناه واضح ·

سنذكره بعد . وما عدا هذين لا توقيت فيه عندهم ، ومنه ما روى عن ابن عمر أنه كان يقول بعد « ان عذابك الجد بالكفار ملحق» : «اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات ، والمسلمين والمسلمات ، وألف بين قلوبهم ، وأصلح ذات بينهم ، وانصرهم على عدوك وعدوهم . اللهم العن كفرة الكتاب الذين يكذبون رسلك ، ويقاتلون أولياءك . اللهم خالف بين كلمتهم ، وزلزل أقدامهم ، وانزل عليهم بأسك الذى لا يرد عن القوم المجرمين » . ومنه ما أخرجه الأربعة ، وحسنه الترمذى انه ـ عليه الصلاة والسلام ـ كان يقول فى آخر وتره : « اللهم انى أعوذ برضاك من سخطك ، وبمعافاتك من عقوبتك ، وأعوذ بك منك . لا أحصى ثناء عليك ، انت كما أثنيت على نفسك » ، وغير ذلك من الأدعية التى لا تشبه كلام الناس (١) .

والمختار ـ فى المذهب الحنفى ـ المخافتة بالقنوت مطلقا اماما كان المصلى ، أو مؤتما، أو منفردا ـ لأنه دعاء ، وقد ورد فى الأثر : « خير الدعاء الخفى » . وفصل بعضهم بين أن يعلمه القوم ـ فالأفضل للامام الاخفاء والا فالجهر(٢) ومن لا يحسن القنوت يقول : « ربنا آتنا فى الدنيا حسنة ، وفى الآخرة حسنة ، وقنا عذاب النار » ، وقال أبو الليث يقول : « اللهم اغفر لى » ـ يكررها ثلاث مرات .

والقنوت ـ عند الشافعية ـ كل كلام يشتمل على ثناء ودعاء ، ولكن يسن أن يكون مما ورد عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وهو (٣) : « اللهم اهدنى فيمن هديت ، وعافنى فيمن عافيت ، وتولنى فيمن توليت ، وبارك لى فيما أعطيت ، وقنى شر ما قضيت ، فانك تقضى ولا يقضى عليك،

---

(١) راجع الجزء الأول من رد المحتار للعلامة ابن عابدين « باب الوتر والنوافل » .

(٢) المصدر السابق ، وفتح القدير ج ١ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ـ قسم العبادات ـ ص ٢٩٤ من الطبعة الثانية .

وأنه لا يذل من واليت ، ولا يعز من عاديت ، تباركت ربنا وتعاليت ، فلك الحمد على ما قضيت • أستغفرك وأتوب اليك ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم » • ويقول المصلى هذه الصيغة اذا كان منفردا فيخص نفسه بالدعاء ، بأن يقول : اهدني ، وعافني ••الخ الا كلمة ــ ربنا ــ فانه لا يقول فيها ــ ربي ــ •

أما الامام فيقولها بصيغة الجمع : اهدنا وعافنا ــ ويسن للامام في المذهب الشافعي ــ أن يجهر بالقنوت . ويسن للمنفرد أن يسر به • أما المأموم فانه يؤمن على دعاء الامام •

كذلك الحنابلة لا بأس عندهم أن يدعو المصلى ــ في قنوته ــ بما يشاء • ولكن الأفضل أن يقنت بالوارد • وقد جمعوا في القنوت كل ما ورد وهو : « اللهم انا نستعينك ونستهديك ، ونستغفرك ونتوب اليه ، ونؤمن بك ونتوكل عليك ، ونثني عليك الخير كله ، نشكرك ولا نكفرك • اللهم اياك نعبد ، واليك نسعى ونحفد ، نرجو رحمتك ونخشى عذابك ، ان عذابك الجد بالكافرين ملحق • اللهم اهدنا فيمن هديت ، وعافنا فيمن عافيت ، وتولنا فيمن توليت ، وبارك لنا فيما أعطيت ، وقنا شر ما قضيت ، انك ــ سبحانك ــ تقضي ولا يقضى عليك ، أنه لا يذل من واليت ، ولا يعز من عاديت ــ تباركت ــ ربنا وتعاليت ، لا نحصي ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك » • ثم يصلى على النبي صلى الله عليه وسلم •

ويسن للمنفرد أن يفرد الضمائر المتقدمة في نحو اهدنا ــ ويجمع الامام الضمير ــ كاللفظ الوارد • كذلك يسن أن يجهر المصلى بالقنوت : اماما كان أو منفردا • أما المأموم فيؤمن جهرا على قنوت امامه (١) •

---

(١) المرجع السابق ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ •

٧ ـ هذا هو القنوت ـ عند الأئمة ـ يسرنا لك مبحثه ، واكتفينا فيه بالمهم النافع ـ مما يفيد طالب المعرفة والحقيقة، والراغب فى الاستفادة • وتركنا ما وراء ذلك ـ مما يمكن الاستغناء عنه • وقد راعينا فى وضعه أن نقدمه كنموذج للبحث المقارن الذى يقصد منه التقريب بين المذاهب ، وردها الى أصل واحد •

واتماما للفائدة نذكر لك أهم المراجع العلمية التى اعتمدنا عليها فى اعداد هذا البحث ، وها هى ذى :

١ ـ فتح القدير ـ الجزء الاول « باب صلاة الوتر » •

٢ ـ رد المحتار على الدر المختار ـ الجزء الأول « باب الوتر والنوافل » •

٣ ـ نيل الأوطار للشوكانى جـ ٢ ص ٢٩١ وما بعدها، ثم جـ ٣ ص ٣٦ وما بعدها طبعة سنة ١٣٤٧ هـ •

٤ ـ الجزء الأول من بداية المجتهد ص ١١٢ طبعة سنة ١٣٣٩ هـ •

٥ ـ الفقه على المذاهب الأربعة ـ قسم العبادات ـ الطبعة الثانية « مبحث الوتر » •

٦ ـ الجزء الأول من أحكام القرآن للرازى •

٧ ـ النهاية فى غريب الحديث والأثر ـ مادة قنت ومادة لحق •

٨ ـ الجزء الأول من زاد المعاد •

٩ ـ بعض معجمات اللغة •

وقد رأينا الاكتفاء بهذا القدر ـ مما سبق ذكره من البحوث المقارنة ، لقلة الجهد وضيق الزمن : ولنا عودة ان نسأل الله فى الأجل ، وأعاننا على صالح العمل ـ نسأله ـ أن يجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم ، كما نسأله العون والتوفيق وصل ـ اللهم ـ على أفضل الخلق أجمعين ، محمد رسولك الأمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين وسلم تسليما كثيرا ٠

الفهرس

مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب

رقم الايداع بدار الكتب ٥٢١٠/١٩٩١

ISBN — 977 — 01 — 2772 — 8